

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
CURSO DE DIREITO**

BRUNO OLIVO DE SALES

**A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE NO SISTEMA CONSTITUCIONAL
BRASILEIRO**

**CURITIBA
2005**

BRUNO OLIVO DE SALES

**A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE NO SISTEMA CONSTITUCIONAL
BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de bacharel em Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade Federal do
Paraná.

Orientador: Elizeu de Moraes Corrêa

**CURITIBA
2005**

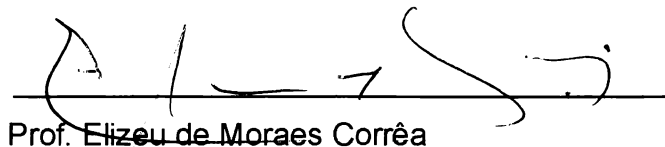
TERMO DE APROVAÇÃO

BRUNO OLIVO DE SALES

A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:



Prof. Elizeu de Moraes Corrêa



Prof. Dr. Manoel Eduardo de Camargo e Gomes



Prof. Dr. Flávio de Azambuja Berti

DEDICATÓRIA

Aos meus pais,
exemplos de luta e dedicação.

Aos amigos,
pela compreensão das muitas ausências.

No fundo, no fundo,
bem lá no fundo,
a gente gostaria
de ver nossos problemas
resolvidos por decreto

a partir desta data,
aquela mágoa sem remédio
é considerada nula
e sobre ela – silêncio perpétuo

extinto por lei todo o remorso,
maldito seja que olhas pra trás,
lá pra trás não há nada,
e nada mais

mas problemas não se resolvem,
problemas têm família grande,
e aos domingos saem todos a passear
o problema, sua senhora
e outros pequenos probleminhas.

(Bem no Fundo – Paulo Leminski)

SUMÁRIO

RESUMO	ix
1 - INTRODUÇÃO	01
2 - A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	03
2.1 Dos primórdios aos direitos naturais	03
2.2 O reconhecimento dos direitos fundamentais	07
2.3 A superação do paradigma do Direito Natural pelo paradigma da filosofia do direito	10
2.4 A evolução histórica dos direitos fundamentais e o reconhecimento de suas dimensões	12
2.5 A Teoria do Status de Jellineck	17
3 - A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	20
3.1 As normas jurídicas - da teoria geral do direito ao direito constitucional	20
3.2 Existência, validade e eficácia dos atos jurídicos em geral	22
3.3 A eficácia das normas constitucionais	25
3.3.1 Considerações preliminares	25
3.3.2 Normas constitucionais "self-executing" e "not self-executing"	26
3.3.3 A classificação das normas constitucionais quanto a eficácia: algumas contribuições da doutrina brasileira	27
3.3.4 A eficácia do direito à saúde	36
3.4 A eficácia dos direitos fundamentais	37
3.4.1 O princípio da aplicabilidade imediata (direta) e da plena eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais	37
3.4.2 Distinção entre os direitos de defesa e os direitos sociais Prestacionais	41
4 - DIREITOS SUBJETIVOS ORIGINÁRIOS A PRESTAÇÕES SOCIAIS	43
4.1 A questão da relevância econômica dos direitos sociais prestacionais	43
4.2 A estrutura jurídico-normativa dos direitos sociais	48
4.3 O reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais no âmbito do direito à saúde	52
5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
REFERÊNCIAS	66

RESUMO

O tema deste estudo abrange a invisibilidade do trabalho dos catadores de papel, enfocando os aspectos social e jurídico, bem como a importância da atividade por eles realizada e a necessidade de inclusão social. O processo de reconhecimento dos direitos fundamentais teve origem nas primeiras declarações de direitos do século XIX e, a partir de então, passaram a ser inseridos nos ordenamentos jurídicos. Como direitos fundamentais de segunda geração, os direitos sociais – onde se inclui o direito ao trabalho – ensejaram, para a sua concretização, o rompimento com as tradições individualistas, através da satisfação das necessidades coletivas, como a saúde ou a educação. O trabalho passou a ser dignificado a partir de muita luta de classes, através das quais direitos mínimos passaram a ser conferidos aos trabalhadores. Hoje, o trabalho é considerado fator de estabilidade, progresso e dignidade. É inseparável do homem e se confunde com a sua própria personalidade. Por determinação constitucional, a escolha do trabalho é livre e a dignidade de seu exercício vincula-se ao valor social que lhe é inerente. Os catadores de papel são também trabalhadores, constituindo uma classe em plena luta por seus direitos. Nesse contexto, destaca-se a importância e a repercussão da atividade por eles desenvolvida, bem como a invisibilidade social e jurídica a que estão submetidos. Demonstra-se a necessidade do reconhecimento desse trabalho e da promoção de iniciativas que possam facilitar a inclusão desses trabalhadores no contexto social, garantindo-lhes o acesso aos direitos constitucionais fundamentais. Ressalta-se a insuficiência da igualdade formal para a garantia do pleno exercício dos direitos fundamentais e a relevância da discriminação positiva, através das ações afirmativas, que possuem respaldo constitucional e constituem forma legítima de inclusão social. Destaca-se, ainda, a necessidade de respeito ao próximo, para a construção de uma ordem social harmônica, que represente, de fato, os interesses da coletividade.

1 – INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em cinco de outubro de 1988, representou um passo decisivo para a retomada da democracia.

Se é certo que a maioria da Assembléia Constituinte de 1987/88 era composta pelo Centro Democrático que influiu de forma decisiva em votações como a reforma agrária e o papel dos militares na nova ordem constitucional, impedindo uma mudança mais profunda no Estado brasileiro, não é possível ignorarmos que a Constituição da República traduz em muitos de seus dispositivos o anseio da população por uma mudança significativa nos rumos sócio-econômicos do país.

Uma leitura descompromissada do texto constitucional, marcadamente de seus primeiros artigos, mostra a construção de um Estado com vistas ao bem-estar do homem. Todavia, o confronto desse texto com a realidade ocasiona decepções ao estudante de direito e ao cidadão que tendem a ver os dispositivos constitucionais como promessas vazias de conteúdo.

*O presente trabalho tem o objetivo de responder a essa questão: quando a Constituição afirma que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”** qual é a implicação prática desse e de outros preceitos? Será apenas uma determinação de cunho moral ou ela vincula os poderes do Estado de alguma forma? Poderá o cidadão pleitear na justiça o cumprimento desses direitos?

Para tanto, enfocaremos nossa análise no direito à saúde. A escolha desse direito dentre tantos outros consagrados pela nossa Constituição justifica-se em razão deste ser um direito diretamente relacionado com o próprio direito à vida. Talvez em razão disso encontremos vasta jurisprudência acerca do tema, além de ser uma questão que habitualmente povoa os noticiários. Ressaltamos, porém, que grande parte das observações realizadas sobre o direito à saúde cabem também aos demais direitos sociais.

Assim, nos propomos em um primeiro momento a buscar o significado histórico da expressão direitos fundamentais. Dessa forma, analisaremos o

* artigo 6º da CR

surgimento dos direitos do homem desde seus primeiros traços até a sua consagração no texto das Constituições Modernas, momento a partir do qual podem ser denominados de direitos fundamentais propriamente ditos. Depois, estudaremos a evolução desses direitos nas suas quatro dimensões, para no final observarmos as diferentes funções dos direitos fundamentais.

No segundo capítulo, falaremos da norma constitucional e sua eficácia, para depois abordarmos a questão da eficácia dos direitos fundamentais, cuidando de diferenciar os direitos de defesa dos direitos sociais prestacionais.

Por fim, no último capítulo nos dedicaremos a explorar os entraves encontrados pela práxis jurídica na aplicação desses direitos. Destacaremos a questão da relevância econômica dos direitos sociais, o limite fático da reserva do possível e a questão da legitimidade das decisões alocativas de recursos. Depois analisaremos a estrutura normativa dos direitos sociais. Para concluir, estudaremos a questão do reconhecimento da existência de direitos subjetivos originários a prestações sociais, no âmbito do direito à saúde.

2 – A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 – Dos primórdios aos direitos naturais

O surgimento dos primeiros direitos e garantias individuais do homem remete ao terceiro milênio antes de Cristo, no antigo Egito e na Mesopotâmia, onde já existiam certos mecanismos de proteção do indivíduo em relação ao Estado. Alexandre de MORAES indica o Código de Hammurabi (1690 a.C.) como sendo o primeiro diploma legal a prever direitos comuns a todos os homens. O mesmo autor destaca também a importância da propagação dos ideais budistas (500 a.C.) como importante fator para o surgimento dos direitos fundamentais, sobretudo no que concerne a igualdade entre os homens.¹

Por outro lado, para Fábio Konder COMPARATO a proto-história dos direitos fundamentais começa no reino unificado de Israel, durante o reinado de Davi (996 a.C. a 963 a.C.). Segundo o Autor, pela primeira vez na história política da humanidade, estabeleceu-se a figura do rei-sacerdote que se apresenta como delegado de Deus, responsável supremo pela execução da lei divina e não mais se proclama o próprio deus nem se declara legislador. “Surgia, assim, o embrião daquilo que, muitos séculos depois, passou a ser designado como o Estado de Direito, isto é, uma organização política em que os governantes não criam o direito para justificar o seu poder, mas submetem-se aos princípios e normas editados por uma autoridade superior.”²

Porém, foi no período da Antigüidade Clássica que se desenvolveram os fundamentos intelectuais para a compreensão do homem e para a afirmação de que ele era titular de direitos universais, pelo simples fato de sua humanidade. Apesar de não existirem direitos fundamentais nessa época, a religião e a filosofia do mundo antigo exerceram influência determinante sobre o pensamento jusnaturalista. Esta opinião é sustentada por Ingo Wolfgang SARLET ao afirmar que “os valores da

¹ MORAES, A. de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1998. p. 24-25.

² COMPARATO, F. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 40.

dignidade humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão”³.

A influência da Antiguidade Clássica no desenvolvimento dos direitos fundamentais é facilmente percebida ao examinarmos a obra *Retórica*, de Aristóteles, na qual o filósofo estabelece uma distinção dicotômica entre lei particular e lei comum, sendo que a primeira corresponde a lei de cada povo, enquanto a segunda corresponde àquilo que por natureza todos consideram justo ou injusto. Tal dicotomia já esboça alguns dos pontos basilares da doutrina do Direito Natural: a universalidade dos direitos fundamentais e sua predominância sobre o Direito Positivo.⁴

Dentre as inúmeras heranças culturais deixadas pela Grécia Antiga é ainda importante salientarmos o desenvolvimento de uma instituição social de suma importância, a lei escrita. Tal instituição é determinante para a consagração do princípio da igualdade, simplesmente pelo fato de que esta estabelece uma regra geral e uniforme cuja observância remete a todas as pessoas que vivem em determinada sociedade organizada.

É certo que a lei escrita foi desenvolvida por mais de um povo da antiguidade, como, por exemplo, o povo judeu que lhe conferia posição sagrada, considerando-a emanção da própria divindade. É, porém, na Grécia, especificamente em Atenas, que a primazia da lei escrita tornou-se fundamento da sociedade política, pois, pela primeira vez, sua autoridade superava a soberania de qualquer indivíduo ou classe social. Além da preeminência da lei, a democracia ateniense fundava-se na participação ativa do cidadão nas funções de governo, essas duas características compunham uma experiência notável de limitação do poder de governo.

Já na república romana, a limitação do poder político era realizada através de um sistema de controles recíprocos entre os órgãos políticos. Coube ao Direito romano o desenvolvimento de certos direitos e garantias do homem. Nesse ponto destaca-se a lei das doze tábuas que consagrava a liberdade, a propriedade e a proteção dos direitos do cidadão; o veto do tribuno da plebe contra ações injustas

³ SARLET, I. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 44.

⁴ Cf. COMPARATO, op. cit., p. 14.

dos patrícios, a Lei de Valério Públicola que limitava a aplicação de penas corporais; e a *Interdicto de Homine Libero Exhibendo* considerada a base do *habeas corpus* moderno.

Apesar da inestimável contribuição filosófica e jurídica que possibilitou o futuro desenvolvimento dos direitos e garantias individuais, é necessário destacarmos as limitações dos pensadores clássicos. A título de exemplo, Aristóteles e Platão consideravam a escravidão natural e até mesmo desenvolveram teorias para legitimá-la. Ademais, tanto na Grécia como em Roma o Estado absorvia por completo o indivíduo que possuía liberdade de participação na vida política do Estado, mas não dispunha de liberdade em relação ao Estado.

Como observa Guilherme de MORAES,

de maneira geral, o período é marcado pela diferenciação quanto à concepção da pessoa humana e da liberdade pessoal, cujo marco divisório é o advento do Cristianismo. Desta maneira, anteriormente ao advento da doutrina cristã, liberdade correspondia à participação na vida da cidade, enquanto que, para os cristãos, liberdade significa realização da vida pessoal.⁵

Nesse sentido, afirma Alexandre de MORAES que a forte concepção religiosa trazida pelo Cristianismo, com a mensagem de igualdade de todos os homens foi uma influência decisiva para a consagração dos direitos fundamentais⁶.

Posteriormente, no período histórico conhecido por Idade Média, surgiram teóricos – dentre os quais podemos destacar Santo Tomás de Aquino – que começaram a desenvolver um dos postulados básicos do jusnaturalismo, qual seja, a idéia da existência de direitos que se encontram acima do direito positivo de forma que este devia respeitar aqueles, cuja função é orientar e limitar o poder, constituindo-se assim como parâmetro de legitimação de seu exercício. Nesse sentido, leciona Guilherme de MORAES que

no plano filosófico, esta fase histórica assiste à formulação cristã ou tomista dos direitos naturais, formuladora da distinção entre lei eterna (aquela que somente é conhecida, em sua plenitude por Deus), lei divina (parcela da lei eterna revelada por Deus ou declarada pela Igreja), lei natural (a decorrente da natureza humana e demonstrada por intermédio da razão) e lei humana (lei positiva editada pelo legislador).⁷

⁵ MORAES, G. de. **Dos direitos fundamentais**: contribuição para uma teoria: parte geral. São Paulo: LTr, 1997. p. 33.

⁶ MORAES, A., op. cit., p. 25.

⁷ MORAES, G., op. cit., p. 35.

No século XVI, teólogos espanhóis desenvolveram a concepção de que os indivíduos eram dotados de direitos naturais, tidos como expressão da liberdade e dignidade da pessoa humana. Formulação que serviu para que H. Grócio desenvolvesse seu humanismo racionalista que tinha a razão como fundamento último do Direito e pugnava a validade universal dos direitos naturais.

Nos séculos XVII e XVIII, a doutrina jusnaturalista chega ao seu auge. Ao mesmo tempo ocorre um processo de laicização do direito natural, sobretudo na época do iluminismo, de inspiração jusracionalista. Nesse período destacam-se os teóricos Johannes Althusius que defendeu a igualdade entre os homens e a soberania popular, John Milton que pleiteou o reconhecimento dos direitos de autodeterminação do homem, a liberdade de culto e a liberdade de expressão e Thomas Hobbes que desenvolveu a teoria contratualista segundo a qual o homem tem o poder de organizar a sociedade de acordo com sua razão e vontade. É também importante destacar a contribuição doutrinária de John Locke que reconheceu aos direitos naturais (na conhecida fórmula vida, propriedade e resistência) a oponibilidade inclusive contra os detentores do poder⁸.

Cabe ainda reconhecermos o pensamento kantiano como marco conclusivo desta fase histórica. Segundo afirma Ingo W. SARLET, para Kant a liberdade é o direito natural por excelência e cabe a todo o indivíduo em virtude da sua própria condição humana encontrando seu limite apenas na liberdade dos seus iguais. Para ele, o ser humano existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-se conforme seu desejo. Nisso se diferencia das coisas que têm um valor relativo como meio e, ao contrário das pessoas, não são capazes de guiar-se por suas próprias leis. Daí o repúdio ao escravismo, e a constatação do filósofo de que todo o homem tem dignidade e não um preço como as coisas. No tocante a liberdade jurídica definiu-a como a faculdade de se sujeitar apenas àquelas leis que estiverem de acordo com seu livre consentimento.⁹

Para concluirmos esse ponto faz-se necessário levantarmos os pressupostos que caracterizam o paradigma do Direito Natural. Segundo Celso LAFER, são quatro os pontos marcantes dessa doutrina, assim vejamos: a) a idéia

⁸ SARLET, op. cit., p. 46.

⁹ Cf. COMPARATO, op. cit., p. 21; e SARLET, op. cit., p. 46.

da imutabilidade – os princípios “escapam à história” sendo considerados “intemporais”; b) a idéia da universalidade – pugnava a validade irrestrita do Direito Natural que deveria ser reconhecido a todos os povos; c) a escolha da “razão, da intuição ou da revelação” como instrumento pelo qual o homem poderia ter acesso ao Direito, “por essa razão os princípios do Direito Natural são *dados*, e não postos por convenção”; d) a vinculação do Direito a Moral – a função do direito não é de comandar, mas sim de qualificar as condutas como boas e justas ou más ou injustas, existe assim um dualismo entre lei e justiça, na qual o Direito Natural exerce uma função controladora sobre o Direito Positivo.¹⁰

2.2 – O reconhecimento dos direitos fundamentais

Assevera Celso LAFER que “a codificação terminou por constituir-se em ponte involuntária entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico”.¹¹ A luz desse ensinamento cabe demonstrarmos brevemente o processo de positivação do Direito Natural e a progressiva superação de seu paradigma, culminando no surgimento dos direitos fundamentais.

Um dos primeiros diplomas legais a consagrar os direitos e garantias individuais foi a *Magna Charta Libertatum* (1215), que consistiu em um pacto entre o clero, os nobres ingleses e o Rei João Sem-Terra. Em que pese tenha servido apenas para garantir privilégios de classe, não permitindo ainda que falemos em autênticos direitos fundamentais, referido diploma formulou conceitos básicos de direitos e liberdades civis. A *Magna Charta* previa entre outras garantias a liberdade da Igreja da Inglaterra, restrições tributárias, proporcionalidade entre delito e sanção, a enunciação da regra *no taxation without representation*, previsão do devido processo legal, livre acesso à Justiça, liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país.

Se o primeiro impulso que conduziu a positivação dos Direitos Naturais foi a defesa da liberdade de locomoção e sua proteção contra a prisão arbitrária, em um segundo momento a defesa da liberdade de opção de culto e religião foi também de

¹⁰ LAFER, C. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 36.

¹¹ *Ibid.*, p. 38 e 39.

suma importância para o reconhecimento legal dos direitos e garantias individuais, sobretudo devido a Reforma Protestante. Apesar dos vários tratados e decretos consagrando a liberdade de culto – dentre os quais merecem destaque a Paz de Augsburgo (1555) e a Paz de Westfalia (1648) que aclamavam basicamente a democratização e a laicidade dos Estados – não podemos ainda identificar aqui direitos fundamentais propriamente ditos, visto que a autoridade monárquica poderia a qualquer momento subtrair essas liberdades.

Em seguida, cabe destacarmos as declarações de direitos do século XVII, quais sejam a *Petition of Rights* (1628) – que previa restrições tributárias e proibição da prisão arbitrária; o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) – que consistia num instrumento de garantia contra prisões arbitrárias; o *Bill of Rights* (1689) – resultado da Revolução Gloriosa, significou enorme restrição ao poder estatal prevendo o impedimento de que o rei suspendesse leis ou a execução de leis sem o consentimento do Parlamento, estas prerrogativas determinaram a supremacia do Parlamento, e por essa razão tal “diploma constitui a peça inicial da monarquia constitucional inglesa”¹²; a partir do *Bill of Rights* a idéia de um governo representativo começa a figurar como garantia institucional indispensável das liberdades civis – e o *Establishment Act* (1701) – que definiu as leis da Inglaterra como direitos naturais de seu povo. Apesar de consistirem numa limitação do poder público em favor da liberdade individual, estas declarações ainda não contêm direitos fundamentais propriamente ditos, isso porque esses direitos e garantias não vinculavam o Parlamento e, sendo assim, não gozavam da necessária supremacia e estabilidade.

O marco inicial do reconhecimento dos direitos fundamentais foi determinado pela Declaração de Direitos do povo da Virgínia (1776). Isso porque além de incorporar os direitos das declarações inglesas (dentre os quais podemos citar a título de exemplo o princípio da legalidade, o devido processo legal, o Tribunal do Júri, o princípio do juiz natural e imparcial, a liberdade de imprensa e a religiosa), a declaração americana é marcada pela supremacia e estabilidade, pois vinculava não só o poder público como um todo, mas também a própria vontade popular que não poderia alterar livremente seus designios. Como explica Ingo

¹² MORAES, A., op. cit., p. 45.

Wolfgang SARLET, “com a nota distintiva da supremacia normativa e a posterior garantia de sua justiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade, pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais (...)”¹³.

Além a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, podemos citar dois outros documentos históricos surgidos nos Estados Unidos na mesma época de elevada importância para o desenvolvimento dos direitos fundamentais: a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e a Constituição dos Estados Unidos da América com suas dez primeiras emendas (1791)*. O primeiro documento, apesar de desprovido de natureza jurídica, estabelecia que todos os homens são titulares de direitos inalienáveis e que o governo deveria assegurar o exercício desses direitos e, se assim não procedesse, os governados deveriam alterar o governo vigente ou instituir um novo; da mesma forma

a Constituição dos Estados Unidos da América e suas dez emendas, aprovadas em 25-9-1789 e ratificadas em 15-12-1791, pretendiam limitar o poder estatal estabelecendo a separação dos poderes estatais e diversos direitos humanos fundamentais: liberdade religiosa; inviolabilidade de domicílio; devido processo legal; julgamento pelo Tribunal do Júri; ampla defesa; impossibilidade de aplicação de penas cruéis ou aberrantes.¹⁴

Por fim, cabe destacarmos a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). A presente declaração foi obra da Revolução Francesa que resultou na ascensão da ordem burguesa e na derrocada do antigo regime.

Dentre as inúmeras e importantíssimas previsões, podemos destacar os seguintes direitos humanos fundamentais: princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção de inocência, liberdade religiosa, livre manifestação de pensamento.¹⁵

É incontestável a influência recíproca entre a declaração americana e a francesa. Porém, apesar de suas semelhanças, as referidas declarações apresentam diferenças marcantes: no tocante ao conteúdo democrático e social a declaração francesa apresenta-se bem mais avançada que a americana; a

¹³ SARLET, op. cit., p. 51.

* “A Constituição dos Estados Unidos da América, de 1788, em seus sete artigos originais, não apresentava qualquer menção a direitos fundamentais. Isto posto, em 1791, foram aprovadas as dez primeiras emendas ao texto constitucional supra citado, dando origem a chamada ‘Declaração de Direitos do Povo Americano’”. (MORAES, G., Op. cit., p. 54).

¹⁴ MORAES, A., op. cit., p. 28.

¹⁵ Id.

declaração francesa tem uma aspiração a universalidade, os direitos fundamentais por ela consagrados não eram geograficamente limitados sendo considerados válidos para toda a humanidade, já a declaração americana caracteriza-se pelo pragmatismo e limitava-se ao âmbito sobre o qual eram eficazes, por essa razão diz-se que a Declaração de Direitos do povo da Virgínia foi um legado ao povo americano que a partir de então passou a ter direitos fundamentais, enquanto que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi um legado para a humanidade que passou a ter direitos humanos.

A Revolução Americana consistiu numa restauração dos direitos e garantias tradicionais usurpados pelos abusos da coroa inglesa. Por outro lado, a Revolução Francesa representou um movimento político voltado ao futuro, posto que buscava uma mudança radical nas condições de vida em sociedade. Nesse tocante, cabe ressaltar que “enquanto os norte-americanos mostraram-se mais interessados em firmar sua independência em relação à coroa britânica do que em estimular igual movimento em outras colônias européias, os franceses consideravam-se investidos de uma missão universal de libertação dos povos”.¹⁶

2.3 – A superação do paradigma do Direito Natural pelo paradigma da filosofia do direito

Como mencionado no começo do ponto anterior, ao se positivar o Direito Natural foi-se gradativamente perdendo sentido a idéia de outro direito que não aquele contido nos códigos e constituições. Com isso, os fundamentos do direito passaram a ser procurados não mais através da razão e sim na vontade do legislador.

Como explica Celso LAFER

a identificação entre Direito e Poder, derivada da positivação, está na raiz da construção do Estado Moderno e é a base da afirmação de Hobbes: ‘It is not wisdom, but authority that makes a law’, pois ‘A Law is the command of him, or them that have the Sovereign Power [...]’. Hobbes, neste sentido, representa a matriz de um pensamento inspirador, no mundo moderno, da convergência entre Direito e Poder, que faz do Direito um instrumento de gestão governamental, criado ou reconhecido por uma vontade estatal soberana e não pela razão dos indivíduos ou pela prática da sociedade. Daí a ontologização do Direito Positivo e

¹⁶ KONDER, op. cit., p. 51.

também o entendimento de que a função do Direito é a de comandar condutas e não de qualificá-las de boas ou más, a partir de uma permanente vinculação entre Ética e Direito.¹⁷

Além do impacto da positivação do Direito, também contribuíram para a erosão da crença no Direito Natural o processo de secularização e a percepção da historicidade do direito. Ambos os fenômenos abalaram os pressupostos básicos do paradigma do Direito Natural sobretudo a idéia de imutabilidade e a vinculação do Direito com a Moral.

Ponto decisivo para a superação desse paradigma foi o desenvolvimento, no século XIX, das ciências – o evolucionismo de Darwin e Spencer, o marxismo, o positivismo de Comte, só para citar alguns exemplos – e sua influência no modo de pensar da época que refletiu na procura pela cientificidade do Direito. Essa busca por leis gerais derivadas da observação dos fatos, numa tentativa de aproximar o dever-ser com o ser da realidade, marca a superação do paradigma do Direito Natural e a afirmação da Filosofia do Direito.

Celso LAFER afirma que o paradigma da Filosofia do Direito é o “resultado de uma dupla confrontação: frente ao paradigma do Direito Natural como uma análise sobre as realidades do Direito Positivo e frente ao positivismo jurídico como uma reflexão que transcende criticamente os dados empíricos através dos quais se exprime o Direito Positivo”.¹⁸

Seu surgimento é marcado pelo rompimento com o paradigma do Direito Natural e, por essa razão, admite a existência de múltiplos caminhos na busca do saber jurídico.

Não cabe aprofundarmos muito este tema para não extrapolarmos os limites deste trabalho, porém antes de passarmos para o próximo ponto faz-se necessário explicitarmos de forma sucinta os campos de investigação que em conjunto ou separadamente se incluem no âmbito do novo paradigma.

Segundo Celso LAFER, o primeiro desses campos

é o *metodológico*. Prende-se à preocupação que caracteriza a Filosofia moderna com as possibilidades de conhecimento e diz respeito ao exame crítico e à legitimidade epistemológica dos procedimentos intelectuais de que se vale o jurista para comprovar, interpretar, integrar e conciliar as normas do Direito Positivo. O segundo é o da *validade formal da norma* e diz respeito à necessidade de definir o direito pela forma, por meio de

¹⁷ LAFER, op. cit., p. 39.

¹⁸ Ibid, p. 48.

categorias interna ao próprio sistema jurídico, pois dada a contínua mudança do Direito Positivo, tornou-se impraticável identificar o jurídico por seu conteúdo. O terceiro campo é o da *efetividade da norma* em relação aos seus destinatários, que foi sendo articulado na medida em que a experiência jurídica pressupõe a referibilidade das normas e comportamentos reais, e este pressuposto colocou-se como problemático na vida do Direito Positivo. Finalmente, o quarto campo é o da *justiça da norma*, que foi sendo explicitado como campo autônomo por força da crise de legalidade que também tornou problemática a identificação da justiça com a lei.¹⁹

Estes quatro campos se inserem na lógica do razoável que é constitutiva da tradição jurídica.

Merece aqui menção a crítica tecida por Celso LAFER²⁰ no sentido de que a lógica do razoável já não é mais suficiente para entendermos o fenômeno jurídico contemporâneo, dada a ruptura causada pelo surgimento do Estado Totalitário. Infelizmente os limites do presente trabalho não possibilitam que se entre nesta profícua discussão.

2.4 – A evolução histórica dos direitos fundamentais e o reconhecimento de suas dimensões

Chegado ao ponto em que os direitos fundamentais passaram a ser consagrados nas cartas constitucionais, faz-se necessário analisarmos sua evolução no tocante ao conteúdo, à titularidade, eficácia e efetividade. Essas transformações são classificadas pela doutrina como gerações ou dimensões de direitos*.

Ao iniciar o capítulo de seu Curso de Direito Constitucional que trata da teoria dos direitos fundamentais, Paulo BONAVIDES observa que “o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade”²¹.

Deste modo, o eminente constitucionalista demonstrou a influência da doutrina iluminista sob a construção dos direitos fundamentais ao explicitar que os

¹⁹ LAFER, op. cit., p. 18.

²⁰ Ibid, passim.

* Justifica-se a adoção da segunda terminologia por acreditar-se que a primeira esboça uma idéia de superação de uma geração por outra quando o termo dimensão sugere um acúmulo de posições não excludentes.

²¹ BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 514.

teóricos da Revolução Francesa foram capazes de sintetizar em três palavras a essência das dimensões de direitos fundamentais que ainda haveriam de ser concretizados.

Assim, os direitos da primeira dimensão – os direitos da liberdade – foram os primeiros a serem consagrados em textos normativos, e se relacionam com os direitos civis e políticos. Por sua vez, os direitos de segunda dimensão comportam os direitos a igualdade, os chamados direitos sociais, culturais e econômicos. Já a terceira dimensão consiste em direitos que não se destinam à proteção dos interesses de um grupo ou de um determinado Estado, o titular desse direito é o gênero humano como um todo. Por fim, cabe examinarmos a proposta empregada por alguns teóricos da existência de uma quarta dimensão. Assim, vejamos:

I – Os direitos fundamentais da primeira dimensão: os primeiros direitos fundamentais a serem positivados são aqueles que demarcam uma esfera de não intervenção do Estado criando uma zona de autonomia do indivíduo em face de seu poder, é o que a doutrina costuma chamar de “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”²² ou simplesmente direitos de defesa. Assim sendo, o Estado satisfaz esse direitos através de uma abstenção, de um não agir.

Faz-se mister observar que o reconhecimento desses direitos se deve a um amadurecimento político prévio através do qual se pode separar de forma clara a Sociedade e o Estado.

No tocante a esses direitos destacam-se o direito à vida, à liberdade, à propriedade, e à igualdade formal perante a lei, além de algumas garantias processuais (devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição) que se enquadram nessa categoria. Posteriormente são complementados por um rol de liberdades, marcadamente as liberdades de expressão e os direitos à participação política e à nacionalidade.

São fruto do pensamento liberal do século XVIII e, assim são marcados sobretudo pelo individualismo. Como observa Paulo BONAVIDES, “os direitos da primeira geração – direitos civis e políticos – já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda a extensão”.²³

²² BONAVIDES, op. cit., p. 517.

²³ Id.

II – Os direitos fundamentais da segunda geração: o postulado da igualdade de todos perante a lei logo revelou-se uma armadilha à legião de trabalhadores, compelidos a venderem seu trabalho como forma de sustento. Na óptica da lei, patrões e trabalhadores eram considerados partes iguais e, assim sendo, dispunham de total liberdade para avençar o salário e as demais condições de trabalho. Além da relação de trabalho, em que fica patente a insuficiência do princípio da igualdade, a lei assegurava a todos, desconsiderando as diferenças de classe social, origem ou gênero, a possibilidade jurídica de enfrentar as adversidades da vida de forma igualitária.

O impacto desse postulado unido à crescente industrialização criou um campo profícuo para a organização da classe trabalhadora que, direcionada pelas doutrinas socialistas, motivou uma nova guinada na evolução dos direitos fundamentais com o reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social. Nesse tocante, destaca-se a Constituição francesa de 1848 que reconheceu algumas exigências econômicas e sociais. É, porém, a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 que demarcam a plena afirmação desses novos direitos.

Se na dimensão anterior a tônica dos direitos fundamentais foi a abstenção da atuação do Estado na esfera dos particulares, a característica marcante da segunda dimensão é exatamente a contrária, pois a realidade provou que a mera declaração formal de igualdade não era capaz de garantir sua realização. Assim sendo, o Estado passou a adotar comportamento ativo a fim de realizar justiça social. É esse o entendimento de Guilherme de MORAES ao afirmar que

a finalidade do surgimento dessa nova categoria de direitos é a redução ou eliminação do cunho classista de que eram dotados diversos direitos fundamentais, visto que, embora fossem reputados como direitos comuns, gerais ou universais, alguns eram denegados a seus destinatários por insuficiência de recursos econômicos (Exemplo: direito de defesa em juízo e direito de propriedade) ou apresentavam o seu exercício dificultado (Exemplo: liberdade de associação).²⁴

Em que pese a aparente contradição entre a primeira e a segunda dimensão dos direitos fundamentais, as duas se complementam, pois na primeira busca-se garantir a liberdade do indivíduo perante o Estado e na segunda garante-se a liberdade por intermédio do Estado.

²⁴ MORAES, G., op. cit., p. 39.

Enquadram-se nessa dimensão os direitos a prestações sociais estatais em geral, como o direito à assistência social, à saúde, à educação, ao trabalho, dentre tantos outros. Cabe ainda ressaltar que essa esfera de direitos não compreende apenas os direitos de cunho positivo, mas também direitos de defesa como a liberdade de sindicalização, o direito de greve e os direitos fundamentais dos trabalhadores, em suma as denominadas liberdades sociais.

Como observa Paulo BONAVIDES, por serem direitos que exigem do Estado determinadas prestações nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios ou de recursos, os direitos sociais frequentemente tiveram sua eficácia contestada. Além disso, gozavam de baixa normatividade e, por não terem os mesmos instrumentos de proteção dos direitos de defesa, acabaram por figurar nas chamadas normas programáticas²⁵.

O renomado mestre destaca ainda que os direitos sociais passaram por uma crise de observância e execução, mas acredita no fim dessa crise devido a inserção, nas Constituições mais recentes, como é o caso da brasileira, do preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Para ele, tal preceito fará com que os direitos de segunda dimensão se tornem tão justiciáveis quanto os da primeira. Eximimo-nos aqui de aprofundar a discussão por ser esse o tema a ser traçado nos próximos capítulos.

III – Os direitos fundamentais da terceira dimensão: a nota distintiva dos direitos da terceira dimensão consiste no fato da sua titularidade não se restringir ao homem-indivíduo, mas sim a proteção de grupos humanos. Conforme a lição de Paulo BONAVIDES, os direitos da terceira dimensão ou direitos da fraternidade “têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”.²⁶ Por essa razão, sua titularidade é por vezes indefinida e indeterminável, sendo assim considerados direitos difusos ou coletivos.

O autor identifica cinco direitos pertencentes a terceira dimensão: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de

²⁵ BONAVIDES, op. cit., p. 518.

²⁶ Ibid, p. 523.

propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.²⁷

Segundo o magistério de Ingo Wolfgang SARLET,

no que tange à sua positivação, é preciso reconhecer que, ressalvadas algumas exceções, a maior parte destes direitos fundamentais da terceira dimensão ainda (inobstante cada vez mais) não encontrou seu reconhecimento na seara do direito constitucional, estando, por outro lado, em fase de consagração no âmbito do direito internacional, do que dá conta um grande número de tratados e outros documentos transnacionais nesta seara.²⁸

O desenvolvimento desta terceira dimensão dos direitos fundamentais decorre da tomada de consciência de um mundo desigual, repartido entre nações ricas, subdesenvolvidas e paupérrimas, e a necessidade de reconhecer a dignidade da pessoa humana para além das fronteiras dos Estados.

IV – Os direitos fundamentais da quarta dimensão: a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais é defendida no âmbito do direito pátrio pelo Prof. Paulo BONAVIDES. Segundo ele tais direitos seriam resultado da globalização dos direitos fundamentais. Em suas palavras, “a globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social”.²⁹

Para ele consiste a quarta dimensão em uma universalização dos direitos fundamentais no plano institucional. Podemos identificar como pertencentes a esta esfera o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.

Ingo Wolfgang SARLET adverte que esta dimensão “longe está de obter o devido reconhecimento no direito positivo interno (...) e internacional, não passando por ora, de justa e saudável esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade, revelando, de tal sorte, sua dimensão (ainda) eminentemente profética, embora não necessariamente utópica”.³⁰

²⁷ BONAVIDES, op. cit., p. 523.

²⁸ SARLET, op. cit., p. 57.

²⁹ BONAVIDES, op. cit., p. 524.

³⁰ SARLET, op. cit., p. 60.

2.5 – A teoria do status de Georg Jellinek

As diversas dimensões dos direitos fundamentais demonstram a ampliação do conteúdo dos mesmos a partir do momento que surgiram no primeiro diploma legal. Ocorre que o conhecimento das diversas dimensões dos direitos fundamentais não é suficiente por si só para entendermos toda a complexidade desses direitos. Ora veja, as categorias supra-citadas podem aparecer em um mesmo direito, tornando impossível que o enquadremos nessa ou naquela dimensão de maneira estanque. Isso é o que ocorre, por exemplo, com o direito à saúde que, embora seja usualmente apontado como um direito da segunda dimensão, guarda características de um direito de defesa ao impor ao Estado que não adote medidas que possam comprometer a saúde dos cidadãos.

A constatação de que os direitos fundamentais exercem várias e diversificadas funções na ordem jurídica em decorrência das variadas posições jurídico-subjetivas que lhe conferem um mesmo direito, acarretou no desenvolvimento da Teoria da Multifuncionalidade dos direitos fundamentais.

Essa teoria foi desenvolvida de forma paradigmática pelo grande publicista alemão Georg JELLINEK, na sua obra intitulada *Sistema dos Direitos Subjetivos Públicos*. A importância do estudo dessa teoria é reconhecida por Robert ALEXI ao ponderar que

"su consideración está justificada no sólo por su importancia histórica como ejemplo de una gran conceptualización y teorización jurídicas. En la actualidad, sigue teniendo vigencia como base para la clasificación de los derechos fundamentales (...) partes esenciales de ella se cuentan entre los conocimientos seguros en el ámbito de los derechos fundamentales, algo que ya significa mucho en un campo tan controvertido."³¹

JELLINECK distingue quatro status, a saber: o passivo ou status subjetivo; o negativo ou status libertatis; o positivo ou status civitatis; e, por último, o status ativo ou status da cidadania ativa.

Conforme explica Robert ALEXI³², para JELLINEK um status é uma relação do indivíduo com o Estado que qualifica o primeiro. Um status se diferencia de um direito por ser uma situação e, em razão disso, ter como conteúdo um "ser" jurídico e

³¹ ALEXI, R. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de: Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 247.

³² Ibid, p. 248.

não um “ter” jurídico de uma pessoa. O conceito se torna mais fácil de apreender-se com o exame de cada um dos status descritos pelo autor.

Assim, o status passivo caracteriza-se como a sujeição do indivíduo ao Estado. No âmbito desse status o destinatário da norma encontra-se em uma situação jurídica subjetiva passiva, na qual seria meramente um detentor de deveres.

Em suma, esse status diz respeito a competência que o Estado possui de vincular o cidadão juridicamente por meio de mandatos e proibições.

O status passivo e o negativo encontram-se reciprocamente em uma relação de contradição. Enquanto o primeiro é marcado pela obrigação, pela submissão do sujeito perante o Estado, o status negativo tem como conteúdo a liberdade do sujeito em relação ao Estado.

Robert Alexy demonstra o conteúdo desse status ao expor que o status negativo consiste em uma esfera de liberdade individual. Esta esfera abrange as ações dos cidadãos juridicamente irrelevantes para o Estado.³³

Como explica o mesmo autor³⁴, JELLINECK chama de “juridicamente irrelevante” as relações entre o Estado e o cidadão que não têm condições de gerar efeitos juridicamente importantes para o mundo jurídico. Dessa forma, compõe o status negativo as chamadas *liberdades não protegidas, compostas por interesses essencialmente individuais que não dependem do Estado para sua satisfação*. Em outras palavras, consiste em “uma esfera de liberdade individual, cujas ações são livres, porque não estão ordenadas ou proibidas, vale dizer: tanto sua omissão como sua realização estão permitidas”.³⁵

Enfim, o status negativo encontra-se protegido porque o Estado não pode impor ao indivíduo qualquer tipo de ordem que não esteja legalmente fundamentada.

Já, o status positivo atribui ao indivíduo capacidade jurídica para exigir do Estado prestações positivas. Nesse status inclui-se também as liberdades protegidas, ou seja, a capacidade do indivíduo exigir do Estado uma conduta de conteúdo negativo, uma abstenção.

³³ ALEXY, op. cit., p. 251.

³⁴ Ibid, p. 251-252.

³⁵ BARROS, S. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 131.

Dessa forma podemos inferir na linha de Suzana de Toledo BARROS que “a competência do cidadão para reclamar a ação estatal envolve, portanto, pretensões de várias ordens, entre as quais as principais são: a pretensão de proteção jurídica e a de satisfação de interesses.”³⁶

O status positivo do cidadão corresponde ao status passivo do Estado e vice-versa. Ademais, é possível entendermos o status positivo como uma complementação ao negativo, na medida em que representa uma garantia de que certas liberdades não poderão ser usurpadas pelo Poder Público.

Por derradeiro, o status ativo abrange as competências que têm por objeto uma participação no Estado, com a finalidade específica de formar a vontade estatal. O exercício do sufrágio é uma das competências típicas adstritas ao status ativo.

Quanto a relação com os demais status, vale lembrar que as posições conferidas por esse status vinculam-se com as posições do status negativo e passivo na medida em que a participação do indivíduo no Estado pode consistir tanto em uma faculdade como em uma obrigação.

³⁶ BARROS, op. cit., p. 132.

3 - A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 As normas jurídicas - da teoria geral do direito ao direito constitucional

Como explica Luís Roberto BARROSO, o direito encontra-se no campo das ciências sociais e, assim, além da observação dos sistemas reais tal qual as ciências naturais, ocupa-se do estudo e construção de sistemas ideais, isto é, da prescrição de um dever ser.³⁷

O mesmo autor destaca que a opção por um certo sistema ideal, composto pelos valores a serem resguardados e os fins a serem atingidos, trata-se de uma questão política. Porém, no momento em que essa opção é tomada, ela passa do plano político ao jurídico, formalizando-se através do Direito que irá torná-la obrigatória a toda sociedade. Ou seja, a organização desse poder se dá através das normas jurídicas que em seu conjunto compõe o que se denomina de direito objetivo.³⁸

Ao buscar definir normas jurídicas, Miguel REALE menciona que alguns autores, baseados em Hans Kelsen, afirmam que “a norma jurídica é sempre redutível a um juízo ou preposição hipotética, na qual se prevê um fato (F) ao qual se liga uma consequência (C), de conformidade com o seguinte esquema: se F é deve ser C.”³⁹

Porém, adverte o renomado autor que apesar desta estrutura lógica possibilitar a compreensão de grande parte das normas jurídicas, como as que regem comportamentos sociais, ela não é suficiente para entendermos o fenômeno como um todo, pois não se aplica a todas as espécies de normas como, por exemplo, as normas de organização, as normas dirigidas aos órgãos do Estado ou aquelas que fixam atribuições, seja na ordem pública ou na privada.⁴⁰

Tais normas não se apresentam como juízos hipotéticos “o que as caracteriza é a obrigação objetiva de algo que deve ser feito, sem que o dever enunciado fique subordinado à ocorrência de um fato previsto, do qual possam ou

³⁷ BARROSO, L. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 6.ed.Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 75.

³⁸ Ibid, p. 75-76.

³⁹ REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 93.

⁴⁰ Ibid, p. 94.

não resultar determinadas conseqüências.” Dessa forma, Miguel REALE conceitua norma jurídica como sendo uma “estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória”.⁴¹

No tocante a esse conceito é de suma importância para o presente trabalho destacarmos a questão da imperatividade da norma jurídica. Como explica Luís Roberto BARROSO não é possível admitirmos a existência de normas jurídicas que não possuam imperatividade, senão que uma graduação de seu teor.⁴²

Em razão disso, segundo o autor, podemos distinguir as normas jurídicas em duas categorias: as normas cogentes que impõe sua vontade a seus destinatários, não lhes permitindo atuar de forma diversa; e as dispositivas que permitem a seu destinatário atuar de modo diferente àquele indicado pela norma, sendo que somente se aplicam em situações em que a manifestação dos interessados esteja maculada por uma obscuridade ou por uma omissão.

Adverte José Afonso da SILVA que a presente distinção deve ser vista com ressalvas, posto que as normas supletivas atuam de forma diversa no direito público e no privado. Apesar de existirem normas no direito constitucional que permitem o uso do poder discricionário, “essas normas não são facultativas no sentido das permissões do direito privado, pois, ao facultarem um modo de agir, excluem qualquer outro (...) ou vedam a obtenção dos fins nelas previstos de outro modo que não na forma, limites e condições que autorizam.”⁴³

Para o autor essa distinção é semelhante àquela que divide as normas constitucionais em formais e materiais, considerando que somente as primeiras têm natureza mandatória por serem essencial e formalmente constitucionais, enquanto as segundas teriam natureza meramente diretiva. Tal distinção foi há muito superada, sendo que o princípio da rigidez constitucional não permite a diferenciação de qualquer norma contida na Constituição.⁴⁴

A lição, buscada na Teoria Geral do Direito, de que toda a norma é por natureza obrigatória, mostra-se de elevada importância para o campo do Direito

⁴¹ REALE, op. cit., p. 95.

⁴² BARROSO, op. cit., p. 77.

⁴³ SILVA, J. **Aplicabilidade das normas constituições**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 71.

⁴⁴ Ibid, p. 72.

Constitucional, pois como leciona Luís Roberto BARROSO as normas constitucionais, como particularização do gênero normas jurídicas, guardam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. Assim sendo, o desrespeito a uma norma constitucional deve deflagrar um mecanismo próprio de coação, capaz de garantir sua obrigatoriedade.⁴⁵

No entanto, essa constatação não impediu que fosse negada a Constituição seu caráter normativo, reduzindo seus preceitos a proposições mais próximas de comandos morais que jurídicos. Ressalta Luís Roberto BARROSO que “tal deformação é antes tributária de imprecisão técnica e de conveniências dissimuladas, do que de uma construção científica apta a justificá-la”.⁴⁶

3.2 Existência, validade e eficácia dos atos jurídicos em geral

Tendo por pressuposto que uma Constituição é um documento jurídico e, por essa razão, não é possível admitirmos que dentro dela existam disposições não-jurídicas, cabe analisarmos as condições de sua aplicabilidade.

Segundo a Teoria Tridimensional do Direito formulada por Miguel REALE, todo fenômeno jurídico pressupõe um fato adjacente (fato econômico, geográfico ou social, por exemplo); um valor que lhe dá significado; e uma norma que consiste na relação entre os dois elementos anteriores.⁴⁷

Em outras palavras, as regras de Direito cuidam de atribuir efeitos jurídicos aos fatos da vida, ou seja, qualifica-os juridicamente, convertendo-os do mundo dos fatos para o mundo do Direito.

Dentro dos fatos jurídicos, há aqueles que surgem de uma manifestação de vontade e denominam-se atos jurídicos. Segundo Luís Roberto BARROSO, para que os atos jurídicos – e, *ipso facto*, os atos normativos – sejam obrigatórios é necessário que sejam satisfeitos três requisitos: o da existência, o da validade e o da eficácia.⁴⁸

Segundo o eminente constitucionalista, a existência de um ato jurídico “verifica-se quando nele estão presentes os elementos constitutivos definidos pela

⁴⁵ BARROSO, op. cit., p. 78.

⁴⁶ Ibid, p. 79.

⁴⁷ REALE, op. cit., p. 65.

⁴⁸ BARROSO, op. cit., p. 81.

lei como causa eficiente de sua incidência”.⁴⁹ O autor distingue dentre esses elementos os comuns – agente, objeto e forma – porque presentes em todo e qualquer ato jurídico e os específicos, porque restritos a determinados atos.

Verificada a existência do ato, faz-se necessário o exame da validade do *mesmo*. Nesta etapa, deve-se avaliar se os elementos do ato preenchem os requisitos que a lei lhes acostou para que seja considerado um ato perfeito.

Como explica Luís Roberto BARROSO “se estiverem presentes os elementos agente, forma e objeto, suficientes à incidência da lei, o ato será existente. Se, além disto, estiverem presentes os requisitos competência forma adequada e licitude – possibilidade, o ato, que já existe, será também válido”.⁵⁰

Caso algum dos requisitos não seja atendido, o ordenamento jurídico irá invalidar o ato, declarando sua nulidade ou anulabilidade, de acordo com a gravidade da violação.

Por fim, existindo o ato e verificando-se sua validade, resta analisarmos sua eficácia. Para o autor a eficácia consiste na capacidade de um ato jurídico produzir, em maior ou menor grau, seus efeitos típicos.

Para Miguel REALE, uma norma será considerada válida se atender a três requisitos: o da validade formal ou técnico-jurídica (vigência), o da validade social (eficácia ou efetividade) e o da validade ética (fundamentação).⁵¹ É interessante observar que os requisitos de validade propostos pelo autor estão diretamente relacionados com os elementos da Teoria Tridimensional do Direito, assim a validade formal se relaciona com a norma, a social com o fato e a ética com o valor.

Dessa forma, a validade formal ou vigência é a executoriedade compulsória de uma regra de direito, a partir do momento que essa cumpre os requisitos essenciais a sua feitura ou elaboração. Esses requisitos são os seguintes: a legitimidade subjetiva do órgão que proferiu a norma; a legitimidade quanto a matéria sobre que a legislação versa; e, por fim, é necessário que “o poder se exerça, também, com obediência às exigências legais: é a legitimidade do

⁴⁹ BARROSO, op. cit., p. 82.

⁵⁰ Ibid, p. 83.

⁵¹ REALE, op. cit., p. 105.

procedimento, o que, na técnica do Direito norte-americano, se denomina *due process of law*".⁵²

Já para José Afonso da SILVA a vigência é um modo específico de existência da norma. Para o autor, que define o termo em seu aspecto técnico-formal, vigente é a "norma que foi regularmente promulgada e publicada, com a condição de entrar em vigor em data determinada".⁵³

Já a validade social ou eficácia se refere aos efeitos da norma jurídica no plano da realidade social. O Direito não pode ser imposto a uma sociedade sem que haja um mínimo de concordância da população em relação a ele pelo simples fato de que se todos contrariarem a lei não haverá órgão de repressão que possa cumpri-la. Por essa razão, Miguel REALE afirma que "a sociedade deve viver o Direito e como tal reconhecê-lo. Reconhecido o Direito é ele incorporado na maneira de ser e de agir da coletividade". E conclui seu raciocínio nos seguintes termos: "o certo é, porém, que não há norma jurídica sem um mínimo de eficácia, de exercício ou aplicação no seio do grupo".⁵⁴

Na mesma linha de raciocínio, José Afonso da SILVA aduz que "uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade".⁵⁵

Por fim, a validade ética ou fundamentação consiste no valor ou fim buscado pela regra de Direito. É a razão de ser da norma na sua busca por um Direito justo.

⁵² REALE, op. cit., p. 110.

⁵³ SILVA, op. cit., p. 52.

⁵⁴ REALE, op. cit., p. 112.

⁵⁵ SILVA, op. cit., p. 60.

3.3 A eficácia das normas constitucionais

3.3.1 Considerações preliminares

Por tudo o que foi exposto podemos inferir que a Constituição nasce para ser aplicada⁵⁶. Seus enunciados destinam-se a transpor o plano abstrato e concretizar-se no seio da sociedade.

Porém, como observam Celso Ribeiro BASTOS e Carlos Ayres BRITTO, “nem todas as normas constitucionais possuem tal virtualidade, qual seja, a de incidir imediatamente sobre a realidade. Muitas delas somente são passíveis de execução plena, mediante a interposição de uma outra norma, também de caráter genérico e abstrato, entre o seu enunciado e a concreção a que visa”.⁵⁷

Ressalte-se que admitirmos a existência de normas que não possuem a aptidão de atuar diretamente, não significa que haja no bojo da Constituição regras não-jurídicas, pois mesmo estas têm um mínimo de eficácia jurídica.

Como observam Celso BASTOS e Carlos BRITTO a aptidão de uma norma constitucional para atuar depende da maneira que ela regula sua matéria. “Se esta é descrita em todos os seus elementos, é plasmada por inteiro quanto aos mandamentos e às conseqüências que lhe correspondem, no interior da norma formalmente posta, não há necessidade de intermédia legislação, porque o comando constitucional é bastante em si”.⁵⁸

A capacidade da norma atingir objetivos previamente fixados como metas é o que tecnicamente se chama eficácia. Referido vocábulo pode ser adotado em duas acepções: eficácia jurídica que “designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita”⁵⁹ – trata-se aqui do exame da exigibilidade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica; e eficácia social ou efetividade que consiste no fato da norma ser aplicada e seguida pela sociedade.

⁵⁶ SILVA, op. cit., p. 47. Neste sentido, ver também BASTOS, C.; BRITTO, C. **Interpretação e aplicabilidade das normas constituições**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 34.

⁵⁷ BASTOS; BRITTO, op. cit., p. 35.

⁵⁸ Id.

⁵⁹ SILVA, op. cit., p. 66.

Trataremos nos próximos pontos de verificar os variados graus de eficácia das normas constitucionais adotando o termo eficácia para se referir a faceta jurídica do termo e efetividade para a faceta social.

3.3.2 Normas constitucionais "self-executing" e "not self-executing"

José Afonso da SILVA observa que foram a doutrina e a jurisprudência estadunidenses responsáveis pela criação e desenvolvimento da classificação das normas constitucionais segundo sua aplicabilidade. Assim, tal doutrina dividia as normas constitucionais em "*self-executing provisions*" e "*not self-executing provisions*", tais expressões foram traduzidas para o nosso vernáculo como "disposições (normas, cláusulas) auto-aplicáveis ou auto-executáveis, ou aplicáveis por si mesmas, ou, ainda, bastantes em si, e disposições não auto-aplicáveis, ou não auto-executáveis, ou não auto-executáveis por si mesmas, ou ainda não bastantes em si".⁶⁰

O mesmo autor explica que segundo a doutrina norte-americana as normas constitucionais *self-executing* "são as desde logo aplicáveis, porque revestidas de plena eficácia jurídica, por regularem diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que cogitam", por outro lado as normas constitucionais *not self-executing* "são as de aplicabilidade dependente de leis ordinárias".⁶¹

Assim as normas constitucionais bastantes em si são aquelas que além de fornecerem um fim, qual seja o próprio objeto da norma, evidenciam o caminho para obtê-lo; já as normas constitucionais não bastantes em si não definem os meios capazes de alcançar o fim desejado, deixando esse encargo ao legislador ordinário.

Como adverte José Afonso da SILVA, essa classificação é insuficiente para entendermos o fenômeno do constitucionalismo contemporâneo, visto que a divisão entre normas auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis sugere a existência de normas ineficazes e destituídas de imperatividade.⁶²

Portanto, em razão da exponencial importância que vem tomando as normas programáticas, assim como as demais normas de princípios, vários autores

⁶⁰ SILVA, op. cit., p. 73.

⁶¹ Ibid, p. 74.

⁶² Ibid, p. 75.

procuraram uma reformulação da Teoria Clássica. Dessa forma, cabe analisarmos algumas dessas teorias construídas pela doutrina brasileira.

3.3.3 A classificação das normas constitucionais quanto a eficácia: algumas contribuições da doutrina brasileira

José Afonso da SILVA em sua monografia *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* inicia o capítulo intitulado *A tríplice característica das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade* com uma afirmação basilar para o entendimento de toda sua teoria: “não há norma constitucional alguma destituída de eficácia”.⁶³

O autor explica em seguida que se é possível admitir-se que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude de efeitos jurídicos almejados pelo constituinte, ficando na dependência da criação de uma norma jurídica ordinária, isso não exclui o fato de que todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação à ordem jurídica.

Em razão disso, José Afonso da SILVA divide as normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade em três categorias: normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

Na primeira categoria estão as normas que desde sua entrada em vigor têm a possibilidade de produzir todos os seus efeitos essenciais porque o legislador constituinte dotou-as com uma normatividade para isso suficiente. Por isso, são consideradas de aplicabilidade direta, imediata e integral sobre os interesses que regulam.

Observa o autor que a orientação doutrinária contemporânea está voltada para o reconhecimento da eficácia plena e aplicabilidade imediata da grande maioria das normas constitucionais, inclusive daquelas de caráter sócio-ideológicas, que outrora foram tidas como meros princípios programáticos.⁶⁴

Vale ressaltar que o autor identifica como sendo de eficácia plena as normas constitucionais que:

⁶³ SILVA, op. cit., p. 81.

⁶⁴ Ibid, p. 88.

a) contenham vedações ou proibições; b) confirmem isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados.⁶⁵

A segunda categoria, as normas constitucionais de eficácia contida, é também composta de normas que incidem imediatamente e podem produzir todos os efeitos desejados. Entretanto, permitem que sua eficácia seja contida pelo legislador ordinário.

Sendo assim, as normas constitucionais de eficácia contida diferenciam-se das de eficácia plena em razão da possibilidade de restrição da integridade de seu comando jurídico e, ao mesmo tempo, também se distinguem das normas de eficácia limitada pelo fato de que, como veremos a seguir, estas dependem de uma normatividade ulterior que lhes integre sua eficácia sendo, em razão disso, normas de aplicabilidade mediata⁶⁶.

José Afonso da SILVA enumera cinco pontos das normas constitucionais de eficácia contida que configuram sua peculiaridade: I) a remissão que fazem a uma legislação futura visa restringir a plenitude de sua eficácia; II) enquanto não houver mencionada restrição sua eficácia será plena; III) são de aplicabilidade direta e imediata; IV) em algumas dessas normas nota-se a presença de um conceito ético-juridicizado (bons costumes, ordem pública, etc) que implica na limitação de sua eficácia; V) podem ainda ter sua eficácia limitada pela incidência de outras normas constitucionais, se ocorrerem certos pressupostos de fato (como é o caso do estado de sítio).⁶⁷

É interessante observarmos que, conforme leciona José Afonso da SILVA, a razão de possibilidade de delimitação da eficácia dessas normas consiste na tendência do Estado contemporâneo de ser cada vez mais social. “E é exatamente nessa adoção de fins sociais prevalentes à proteção dos fins individuais que o Estado democrático de Direito se distingue do Estado liberal individualista”.⁶⁸

⁶⁵ SILVA, op. cit., p. 101.

⁶⁶ Ibid, p. 103.

⁶⁷ Ibid, p. 105.

⁶⁸ Ibid, p. 115.

São em suma normas cuja matéria encontra-se suficientemente regulada pelo constituinte e, assim, possuem aplicabilidade direta e imediata, com o diferencial de que há um espaço para a atuação restritiva por parte do Poder Público, conforme os ditames da lei ou dos conceitos gerais nelas contidos.⁶⁹

Por fim, resta tratarmos da terceira categoria, as normas constitucionais de eficácia limitada. Para o autor essas normas têm aplicabilidade mediata ou indireta porque dependentes de legislação que as integrem. Dividem-se em dois grupos que devem ser estudados separadamente, quais sejam as normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e as declaratórias de princípios programáticos.

A primeira subdivisão é conceituada por José Afonso da SILVA como sendo “aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei”.⁷⁰

Já o segundo grupo comporta “aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.”⁷¹

Dessa forma, resta acentuado que os dois grupos se distinguem por seus fins e conteúdos. Enquanto as normas programáticas visam a promoção da igualdade material através da interferência do Estado na ordem econômico-social, por meio de prestações positivas; as de princípio institutivo possuem conteúdo organizacional e regulamentar de órgãos e entidades, tendo por escopo esquematizar a organização, criação ou instituição destes.

Para os fins específicos desse trabalho, interessa-nos aprofundar somente o estudo do segundo grupo de normas constitucionais de eficácia limitada, as normas programáticas.

Como vimos no capítulo anterior, o Estado Liberal concebia os direitos fundamentais como estatuto negativo, buscando proteger o indivíduo contra o poder

⁶⁹ SILVA, op. cit., p. 116.

⁷⁰ Ibid, p. 126.

⁷¹ Ibid, p. 138.

estatal. Todavia, a história comprovou que não é apenas o Estado que oprime o desenvolvimento da pessoa humana e a mera declaração da igualdade de todos perante a lei ignora as relações de poderes extra-estatais – como as étnicas, sociais, de gênero – que acabaram se mostrando tão nocivas quanto às combatidas pelo liberalismo.

A tomada de consciência dessa situação culminou em uma revalorização do papel do Estado que, sob esse novo prisma, passou a exercer uma função ativa na sociedade a fim de equilibrar essas forças díspares.

Dentro desse quadro, as normas constitucionais de princípio programático representam os ideais de justiça social plasmados no texto constitucional. Assim, a vinculação dessas normas à disciplina das relações econômico-sociais justifica o esforço doutrinário pela busca de mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto dessas a fim de atingir sua efetividade.

José Afonso da SILVA aponta que as normas programáticas estabelecem fins à ordem econômica social e, assim, devem ser consideradas como princípios gerais de toda a ordem jurídica. Em razão disso, o autor destaca que parte da doutrina reconhece a justiça social como um fator de legitimação constitucional, influenciando diretamente no controle de constitucionalidade das normas.⁷²

Para o autor “as constituições contemporâneas constituem documentos jurídicos de compromisso entre o liberalismo capitalista e o intervencionismo”.⁷³ Nesse sentido, importa salientar que a Constituição vigente revela-se mais progressista que as anteriores. No entanto, a presença dos direitos econômicos e sociais marcadamente entre as normas de princípio programático demonstra que as concessões do liberalismo ao socialismo não foram tantas e, ainda assim, as conquistas sociais consagradas pela Constituição de 1988 vão sendo cada vez mais reduzidas em prol da ideologia neoliberal.

José Afonso da SILVA indica que as normas programáticas concentram-se nos Títulos VII e VIII da Constituição e dividem-se em três categorias, segundo os sujeitos mais diretamente vinculados⁷⁴: I) normas programáticas vinculadas ao

⁷² SILVA, op. cit., p. 141-142.

⁷³ Ibid, p. 135.

⁷⁴ Ibid, p. 146 et seq.

princípio da legalidade, em que podemos utilizar como exemplo o art. 7º, XX da CF “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”. Cabe observarmos que a partir do momento em que a referida legislação infraconstitucional é criada, a norma deixa de ser programática, todavia “não é a lei que cria as situações jurídicas subjetivas, pois estas encontram seu fundamento na própria norma constitucional que as estabelece”⁷⁵; II) normas programáticas referidas aos Poderes Públicos, que se dividem em normas que podem vincular todos os entes da federação (art. 215 da CF) ou apenas a União (art. 184 da CF); III) normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral como é o caso do art. 170 da CF.

Através dessa exemplificação o autor demonstra as características básicas dessas normas, a saber: têm por objeto a disciplina dos direitos econômicos e sociais; não tem força suficiente para se desenvolverem integralmente e, por isso, necessitam de legislação ulterior ou outras providências; sua eficácia reduzida as torna inoperante em relação a seu objeto específico, embora produza importantes efeitos jurídicos como veremos a seguir.

Antes de examinar os efeitos gerados pelas normas de princípio programático o autor repudia a tese de que estas seriam normas sem conteúdo imperativo.

Observa José Afonso da SILVA que “essa tese, hoje combatida seriamente, é responsável pela caracterização como programática de toda norma constitucional incômoda. Seria fácil, assim, descartar-se da incidência de uma regra, bastando tachá-la de programática e, com isso, nos termos de tal doutrina, o princípio seria posto de lado”.⁷⁶

Para o renomado autor a juridicidade dessas normas decorre do simples fato de estarem contidas no texto da Constituição. Ademais, é certo que, mesmo dentro dos limites de sua eficácia, estas normas impõe certos limites a determinados sujeitos e ditam comportamentos públicos, criando, assim, uma situação de vantagem efetiva em favor daqueles que possam se beneficiar de sua aplicação. Resta assim demonstrada a existência de “um vínculo jurídico inequívoco, que

⁷⁵ SILVA, op. cit., p. 148.

⁷⁶ Ibid, p. 153.

constitui o enlace entre os sujeitos da relação nelas fundada, caracterizando a bilateralidade atributiva essencial a toda regra de direito”.⁷⁷

Como assentamos acima, as normas de princípio programático geram efeitos sobre o Estado vinculando os três Poderes de diferentes formas: proíbem o Poder Legislativo de caminhar no sentido contrário por elas indicado, além de constrangê-lo a adotar medidas necessárias a sua efetividade; proíbem o Poder Judiciário de tomar decisões que prejudiquem a consistência desses direitos; e impõe ao Poder Executivo que atue de forma a perseguir sua concretização.

Ademais, quanto as leis anteriores que as contrariem, cumpre ressaltar que “as normas programáticas revelam-se com eficácia tão plena como qualquer outra. E a lei anterior com elas incompatível deve ser considerada revogada, por inconstitucionalidade”.⁷⁸

Enfim, por mais que as normas de eficácia limitada, dependam de uma normatividade futura, é mister reconhecermos que estas possuem um mínimo de eficácia e, em razão disso, regem, dentro de suas possibilidades, situações, comportamentos, e atos, condicionando a atuação do Poder Público e criando situações jurídicas de vantagem ou de vínculo.

Para concluirmos, resta enumerarmos as situações em que o autor reconhece a eficácia imediata, direta e vinculante das normas de eficácia limitada. Estas são as seguintes:

I) estabelecem um dever para o legislador ordinário; II) condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV) constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V) condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI) criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem (...)⁷⁹

Cabe ainda mencionarmos, a contribuição de Celso Ribeiro BASTOS e Carlos Ayres BRITTO. Os autores cuidaram de classificar as normas constitucionais tendo por base dois critérios: o modo de incidência das normas e a produção de efeitos das mesmas.

⁷⁷ SILVA, op. cit., p. 154.

⁷⁸ Ibid, p. 163.

⁷⁹ Ibid, p. 164.

O primeiro critério confere toque original ao tema na medida em que examina a maneira pela qual a norma regula a matéria sobre a qual incide.⁸⁰ Dessa forma, as normas constitucionais podem ser divididas em normas de mera aplicação e normas integráveis.

Segundo os autores “as normas que batizamos como de mera aplicação têm por nota caracterizadora o não deixar interstício entre o seu desígnio e o desencadeamento dos efeitos a que dão azo. Não se tensionam, no seu interior, a predisposição para atuar e a efetiva concreção.”⁸¹

Dentro desse grupo há uma bipartição em normas irregulamentáveis e normas regulamentáveis. As primeiras “são aquelas que incidem diretamente sobre os fatos regulados, repudiando qualquer regramento adjutório, normas cuja matéria é insuscetível de tratamento, senão a nível constitucional”.⁸² Explicam os autores que o conteúdo dessas normas trata sobretudo das relações entre os Poderes e entre as pessoas territoriais com capacidade política. Já as regulamentáveis são normas que “aceitam um regramento ancilar, que se revele como instrumental à sua melhor aplicação”.⁸³

Por outro lado, as normas de integração

têm por traço distintivo a abertura de espaço entre o seu desiderato e o efetivo desencadear dos seus efeitos. No seu interior, existe uma permanente tensão entre a predisposição para incidir e a efetiva concreção. Padecem de visceral imprecisão, ou deficiência instrumental, e se tornam, por si mesmas, inexecutáveis em toda a sua potencialidade. Daí por que se coloca, entre elas e sua real aplicação, outra norma integradora de sentido, de modo a surgir uma unidade de conteúdo entre as duas espécies normativas.⁸⁴

Da mesma forma que o grupo supra analisado, este se subdivide em outros dois: as normas completáveis “que se caracterizam pela circunstância de demandar um aditamento ao seu campo de regulação, ou ao modo como plasmam a matéria sobre que incidem”; e as normas restringíveis “que se compõe de normas que, ao reverso das anteriores, são passíveis de restrição ou redução do seu campo de incidência”.⁸⁵

⁸⁰ SARLET, op. cit., p. 239.

⁸¹ BASTOS; BRITTO, op. cit., p. 37-38.

⁸² Ibid, p. 39.

⁸³ Ibid, p. 44.

⁸⁴ Ibid, p. 48.

⁸⁵ Ibid, p. 49.

Quanto a eficácia, os autores não fogem muito ao modelo proposto por José Afonso da SILVA ao classificar as normas constitucionais em dois grupos: normas de eficácia parcial – no qual se encontram as normas completáveis – e em normas de eficácia plena – no qual se enquadram as normas inintegráveis e as restringíveis.⁸⁶

Por derradeiro, a terceira sistematização a ser analisada foi construída por Luís Roberto BARROSO que, na esteira de Celso Antônio Bandeira de MELLO⁸⁷, utilizou como critério a “consistência da situação jurídica dos indivíduos em face dos preceitos constitucionais”.⁸⁸

De acordo com esta classificação, as normas constitucionais podem ser divididas em três grupos, a saber normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direitos e normas constitucionais programáticas.

As normas constitucionais de organização têm por objeto ordenar os poderes estatais, criar e estruturar entidades e órgãos públicos, distribuir suas atribuições, bem como identificar e aplicar outros atos normativos.⁸⁹

Já as normas constitucionais definidoras de direitos são aquelas que estabelecem os direitos fundamentais dos indivíduos. Para o autor este grupo de normas enquadra-se no esquema conceitual dos direitos subjetivos entendidos como o

poder de ação assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de certo interesse. A norma jurídica de conduta caracteriza-se por sua bilateralidade, dirigindo-se a duas partes e atribuindo a uma delas a faculdade de exigir da outra determinado comportamento. Forma-se, desse modo, um vínculo, uma relação jurídica que estabelece um elo entre dois componentes: de um lado, o direito subjetivo, a possibilidade de exigir; de outro, o dever jurídico, a obrigação de cumprir.⁹⁰

Esclarece o autor que tais normas produzem efeitos de natureza variada, investindo os juridicionados em diferentes posições jurídicas. Assim, existem normas constitucionais definidoras de direito que: I) geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de um não-fazer, como é o caso do direito de greve em que o Estado deve abster-se de reprimir os que o exercem; II) ensejam a

⁸⁶ Cf. quadro esquemático BASTOS; BRITTO, op. cit., p. 122.

⁸⁷ MELLO, C. **Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social**. In: IX CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 1982, Florianópolis.

⁸⁸ SARLET, op. cit., p. 241.

⁸⁹ BARROSO, op. cit., p. 95.

⁹⁰ Ibid, p. 103.

exigibilidade de prestações positivas do Estado, sendo que o teor de objetividade delas, além dos limites econômicos e políticos os quais abordaremos mais tarde, é que determinará ou não seu pronto cumprimento; III) e, por fim, contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora, na medida em que algumas normas constitucionais necessitam que o legislador ordinário integre seus preceitos.⁹¹

Por fim, o autor retrata as normas constitucionais programáticas como sendo “disposições indicadoras de fins sociais a serem alcançados”. Explica ainda o autor que “estas normas têm por objetivo estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público”.⁹²

Ao contrário das normas definidoras de direitos, as programáticas não conferem ao cidadão posição jurídica suficientemente consistente que lhes permita que se lhes dê o desfrute de algo. Por isso, “não chegam a conferir aos cidadãos uma utilidade substancial, concreta, fruível positivamente e exigível quando negada”.⁹³

Todavia, se essas normas não conferem direito subjetivo ao indivíduo no sentido de exigir uma prestação positiva do Estado, “fazem nascer um direito subjetivo ‘negativo’ de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que contravenham os seus ditames”.⁹⁴

Para concluir cabe frisarmos os efeitos imediatos das normas programáticas indicados pelo autor. Assim, essas normas produzem, desde o início de sua vigência, os seguintes efeitos: “A) revogam os atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que substanciam; B) carregam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos editados posteriormente, se com elas incompatíveis”.⁹⁵

Já para os cidadãos tais normas conferem, de imediato, o direito a: “A) opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à sujeição a atos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceptivo constitucional; B) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção

⁹¹ BARROSO, op. cit., p. 108 et seq.

⁹² Ibid, p. 118.

⁹³ Ibid, p. 120.

⁹⁴ Ibid, p. 121.

⁹⁵ Ibid, p. 122.

apontados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais por ela protegidos”.

3.3.4 A eficácia do direito à saúde

Nos tópicos anteriores, analisamos a eficácia das normas constitucionais em geral com base em três autores que desenvolveram seus estudos a partir da crítica à teoria clássica.

Neste momento é pertinente focarmos nossa análise no objeto específico de nosso trabalho, buscando indicar em que categoria cada autor estudado enquadra o direito à saúde, para num segundo momento dissertarmos sobre o problema da eficácia dos direitos fundamentais.

Para tanto, cabe primeiramente localizarmos o direito à saúde no texto Constitucional. Assim, esse direito encontra-se consagrado no art. 6º da Carta Magna* no capítulo dedicado aos direitos sociais. Portanto, podemos inferir que o direito à saúde é um direito fundamental, fato este que, como veremos a seguir, influi na sua aplicabilidade.

A Constituição cuidou ainda de versar sobre a questão do direito à saúde dentro do Título VIII, “Da Ordem Social”. Dispõe o art. 196 da Constituição da República: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Luís Roberto BARROSO aborda a questão do direito à saúde como pertencente as normas constitucionais definidoras de direitos que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado. Aponta o autor que esse entendimento tem fundamento na vasta jurisprudência produzida acerca da matéria, conferindo efetividade à norma ao superar por via judicial as omissões do Poder Público. Isso porque a dicção do art. 196 é carregada de ambigüidade, pois ao

* Art. 6º São direitos sociais a educação, a **saúde**, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifo nosso)

mesmo tempo que a primeira parte de sua redação faz referencia ao direito a saúde e ao dever do Estado, sua segunda parte tem caráter marcadamente programático.⁹⁶

Da mesma forma, José Afonso da SILVA percebe essa ambigüidade. O renomado autor aborda o direito à saúde ao expor sobre as normas de princípio programático dirigidas à ordem econômico-social. Segundo ele o direito à saúde assim como o direito à educação, não se incluiria nessa categoria, pois “a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado: o Estado – que, por isso, tem a obrigação de satisfazer aquele direito. Se esta não é satisfeita, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma.”⁹⁷

Quanto a classificação das normas constitucionais empreendida por Celso Ribeiro BASTOS e Carlos Ayres BRITTO cumpre salientarmos que a tentativa de enquadrarmos o direito à saúde em uma de suas categorias é meramente opinativa, visto que a obra dos autores foi publicada anteriormente à Constituição. Assim, poderíamos dizer que, com base na ambigüidade da redação da norma apontada pela doutrina, o direito à saúde poderia ser classificado como uma norma regulamentável – se considerarmos dispensável a existência de norma ulterior para que possa ser aplicada – ou como uma norma completável – se considerada a necessidade de integração.

3.4 A eficácia dos direitos fundamentais

3.4.1 O princípio da aplicabilidade imediata (direta) e da plena eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais

Como observa Luís Roberto BARROSO,

as disposições constitucionais (...) são normas jurídicas dotadas de força normativa e aptas, em muitos casos, a produzir efeitos concretos independentemente de regramento ulterior. Conquanto isto pareça uma obviedade, tem sido ela tão longamente negligenciada que diversas Constituições modernas se viram na contingência de declarar expressamente a aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais.⁹⁸

⁹⁶ BARROSO, op. cit., p. 108 et seq.

⁹⁷ SILVA, op. cit., p. 150.

⁹⁸ BARROSO, op. cit., p. 143-144.

Nossa Constituição, assim como diversas outras*, acolheu preceito que consagra a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais. Tal dispositivo encontra-se plasmado no art. 5º, § 1º da Constituição Federal nos seguintes termos: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Preliminarmente devemos examinar a abrangência da sobredita norma, ou seja, se esta é aplicável a todos os direitos fundamentais ou somente àqueles constantes no artigo 5º da Constituição da República.

A polêmica a respeito do alcance de tal dispositivo deve-se a sua posição topográfica. Ora veja, a inclusão de tal preceito como um parágrafo do artigo que define os direitos individuais e coletivos poderia sugerir ao intérprete que seu objeto se restringe as normas contidas neste. Entretanto,

este argumento não corresponde a expressão literal do dispositivo, que utiliza a formulação genérica ‘direitos e garantias fundamentais’, tal como consignada na epígrafe do Título II de nossa *Lex Suprema*, revelando que, mesmo em se procedendo a uma interpretação meramente literal, não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas em nossa Constituição, nem mesmo aos (...) direitos individuais e coletivos do art. 5º.⁹⁹

Da mesma forma, a tese que pretende reduzir a aplicabilidade imediata aos direitos e garantias consagrados no art. 5º da CF não resiste a uma leitura sistemática e teleológica da Constituição, restando indubitável que tal preceito atinge todos os direitos fundamentais contidos no catálogo (arts. 5º ao 17), bem como os localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. Ingo Wolfgang SARLET vai ainda mais longe ao afirmar que

a ausência de vedação expressa e a *ratio* da norma que dá amparo ao reconhecimento de direitos fora do catálogo dão ensejo a que se recepcione, neste particular, o ponto de vista sustentado pela ampla maioria na doutrina lusitana, que justamente advoga o entendimento de que (...) todos os direitos, liberdades e garantias de natureza análoga, ainda que localizados fora do texto da Constituição, constituem normas diretamente aplicáveis.¹⁰⁰

* “Assim faz a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, em seu artigo 1º, item 3, ao estatuir: ‘Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial’

Por igual, a Constituição portuguesa, em seu art. 18, item 1, lavrou: ‘Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas’.

Seguindo diretriz análoga, a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (Comissão Afonso Arinos) fez incluir em seu Anteprojeto o dispositivo seguinte: ‘Art. 10. Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata’.

(BARROSO, op. cit., p. 143-144.)

⁹⁹ SARLET, op. cit., p. 254.

¹⁰⁰ Ibid, p. 255-256.

Se a doutrina em geral não costuma divergir quanto ao alcance de mencionado dispositivo constitucional, o mesmo não ocorre com o problema de seu significado. Ingo Wolfgang SARLET menciona que as concepções adotadas nesta seara oscilam entre dois extremos: de um lado aqueles que sustentam

que a norma em exame não pode atentar contra a natureza das coisas, de tal sorte que boa parte dos direitos fundamentais alcança sua eficácia apenas nos termos e na medida da lei, e os que, situados em outro extremo, advogam o ponto de vista segundo o qual até mesmo norma de cunho nitidamente programático pode ensejar, em virtude de sua imediata aplicabilidade, o gozo de direito subjetivo individual, independentemente de concretização legislativa.¹⁰¹

Um dos membros mais ilustres filiados à primeira corrente é certamente o Prof. Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO. Para ele a aplicabilidade imediata das normas decorre do fato delas serem completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Em outras palavras, uma norma será diretamente aplicável quando seu mandamento for claro e determinado, não possuindo lacunas. Admitir o contrário seria “desejar uma impossibilidade, ou forçar a natureza que, rejeitada, volta a galope”.¹⁰²

Como representante da corrente contrária encontramos Eros Roberto GRAU que considera o preceito inscrito no § 1º do art. 5º da Constituição de 1988 como suficiente para afirmarmos a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. De acordo com ele tais normas devem ser imediatamente cumpridas pelo Estado e pelos particulares, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo.¹⁰³

Para o Ingo Wolfgang SARLET não é possível nos posicionarmos em nenhum dos extremos da discussão. Se adotássemos a primeira corrente, estaríamos admitindo que a fórmula contida no art. 5º, § 1º da CF é vazia de conteúdo e, assim, não existiriam maiores diferenças entre a eficácia dos direitos fundamentais e a eficácia dos demais dispositivos constitucionais. Esta tese deve ser rejeitada pelo simples fato de que uma rápida análise ao Direito Comparado é

¹⁰¹ SARLET, op. cit., p. 256.

¹⁰² FERREIRA FILHO, M. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1996 p. 99.

¹⁰³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 278 et seq.

suficiente para constataremos a presença de dispositivos análogos em diversas constituições, sendo assim seria de extrema ingenuidade pensarmos que um preceito inócuo e desnecessário se repetiria em tantos ordenamentos jurídicos.

Por outro lado, a posição simetricamente oposta também não apresenta solução satisfatória ao problema. O entendimento de que os direitos fundamentais devem ser considerados diretamente aplicáveis e alcançam sua plena eficácia pela força do disposto no art. 5º, § 1º da CF, deve ser analisado com certa cautela. Se é certo que o Judiciário deve permitir a fruição dos direitos fundamentais completando suas lacunas através do recurso a analogia, há de se reconhecer também os limites a essa atividade. Desta feita, é necessário reconhecermos a limitação do dispositivo comentado ao nos depararmos com os limites da reserva do possível e a falta de legitimidade ou qualificação dos órgãos judiciários para a implementação de determinados programas sócio-econômicos.

Tendo isso em mente Ingo Wolfgang SARLET afirma que devemos entender mencionado dispositivo como sendo uma norma de cunho principiológico, “uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais”. Dessa forma, entende que mencionado preceito não pode ser lido “de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance (isto é o *quantum* em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto”. Ressalta ainda o autor que neste exame haverá uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas, sendo que a decisão que a afastar deverá ser fundamentada e justificada pelo magistrado.¹⁰⁴

Semelhante é o entendimento de José Afonso da SILVA que ao se questionar quanto ao significado do preceito que declara a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais afirma que

Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.¹⁰⁵

¹⁰⁴ SARLET, op. cit., p. 264-265.

¹⁰⁵ SILVA, op. cit., p. 165.

3.4.2 Distinção entre os direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais

Como assentamos no ponto anterior, "todas as normas de direitos fundamentais são direta (imediatamente) aplicáveis na medida de sua eficácia".¹⁰⁶

Esse postulado deve nos servir como ponto de partida para a análise das características distintivas essenciais entre os direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais.

É sabido que os direitos de defesa têm como traço característico sua natureza preponderantemente negativa, ou seja, visam uma abstenção do Estado, no intuito de criar uma esfera de autonomia do particular em relação ao seu poder. Por outro lado, os direitos sociais prestacionais têm por objeto uma conduta positiva do Estado. Disso decorre também uma segunda diferença entre essas duas classes de direitos: enquanto os direitos de defesa buscam limitar o poder estatal, os direitos sociais reclamam seu fortalecimento através da intervenção do Estado na esfera econômica e social. Outro ponto distintivo é o fato de que os direitos de defesa têm por função precípua a manutenção de uma situação existente, no afã de preservá-la e protegê-la, já os direitos sociais de natureza positiva buscam melhorar a situação de seus titulares, garantindo a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais.

Todavia, não devemos tomar essas distinções como absolutas. Os direitos sociais prestacionais possuem uma dimensão negativa, na medida em que vedam ao Estado um agir em sentido contrário, assim como os direitos de defesa têm uma faceta positiva ao exigirem do Estado uma conduta positiva para sua efetiva proteção (exemplo disso seria o deslocamento de policiais para organizar o trânsito durante uma manifestação). Como veremos com mais detalhes no próximo capítulo, alguns autores chegam a mitigar essa diferenciação alegando que tanto os direitos de defesa quanto os direitos prestacionais exigem uma conduta positiva do Estado.

Além disso, CANOTILHO adverte que

Existe uma relação indissociável entre direitos económicos, sociais e culturais e direitos, liberdades e garantias. Se os direitos económicos, sociais e culturais pressupõem a "liberdade", também os direitos, liberdades e garantias estão ligados a referentes económicos, sociais e culturais. Neste sentido se afirma que o paradigma estruturante da

¹⁰⁶ SARLET, op. cit., p. 289.

ordem jurídico-constitucional portuguesa é o paradigma da liberdade igual. A liberdade igual aponta para a igualdade real (art. 9.º/d), o que pressupõe a tendencial possibilidade de todos terem acesso aos bens económicos, sociais e culturais. "Liberdade igual" significa, por exemplo, não apenas o direito a inviolabilidade de domicílio, mas o direito a ter casa; não apenas o direito à vida e integridade física, mas também o acesso a cuidados médicos; não apenas o direito de expressão mas também a possibilidade de formar a própria opinião; não apenas direito ao trabalho e emprego livremente escolhido, mas também a efectiva posse de um posto de trabalho.¹⁰⁷

De qualquer forma, no mais das vezes, salta aos olhos a diferença de objeto entre essas normas a ponto de alguns doutrinadores reconhecerem somente aos direitos de defesa a aplicabilidade direta. Seria ingênuo de nossa parte ignorar as discrepâncias entre essas normas e pugnar pela aplicabilidade direta de todos os direitos fundamentais. Contudo estamos inclinados a entender que, como nos ensina Celso Antônio Bandeira de MELLO, esses direitos têm muitas vezes sua efetividade negada mais por questões ideológicas do que propriamente por fatores relacionados a seu objeto ou a forma mediante a qual são positivados¹⁰⁸.

Assim, cabe analisarmos os obstáculos encontrados pela doutrina na aplicação dos direitos sociais prestacionais – sobretudo no que tange ao direito à saúde – para no fim buscarmos elucidar com o auxílio da jurisprudência pátria uma das questões mais tormentosas em relação aos efeitos jurídicos inerentes à sua eficácia jurídico-normativa: é possível deduzir destes direitos um direito subjetivo individual a prestações estatais?

¹⁰⁷ CANOTILHO, J. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992 p. 476.

¹⁰⁸ MELLO, op. cit., p. 196.

4 - DIREITOS SUBJETIVOS ORIGINÁRIOS A PRESTAÇÕES SOCIAIS

4.1 A questão da relevância econômica dos direitos sociais prestacionais

Como vimos no capítulo anterior, a doutrina tradicionalmente identifica como um aspecto de diferenciação dos direitos de defesa e dos direitos sociais prestacionais a postura que cada qual exige do Estado. Enquanto os primeiros remetem a um não-fazer, isto é, a uma postura de abstenção, os direitos sociais prestacionais, pelo contrário, têm por objeto uma conduta positiva do Estado.

É justamente em razão de exigirem do Estado a destinação, distribuição e criação de bens materiais que se faz necessário falarmos da relevância econômica dos direitos sociais prestacionais. Tradicionalmente, a doutrina aponta que o mesmo não pode ser dito dos direitos de defesa, pois a sua proteção é garantida, em princípio, através da omissão do Estado.

A *contrario sensu*, vale ressaltarmos a importância da tese de Gustavo AMARAL que, na esteira da obra de Holmes e Sunstein, repele a separação entre direitos sociais e direitos de defesa advogando que ambos possuem uma dimensão economicamente relevante.

Para fundamentar sua posição, o autor indica alguns exemplos colhidos no trabalho dos professores estadunidenses acima citados, dentre os quais podemos destacar: I) o *Center on Constitutionalism in Eastern Europe* da Universidade de Chicago observou casos como o da Rússia que dispendeu 25% do já inadequado orçamento do Judiciário ao buscar implementar julgamentos pelo júri; II) o direito de ir e vir e o direito de propriedade nos grandes centros urbanos são mais ameaçados pelos particulares do que pela ação estatal; III) da mesma forma, os direitos à privacidade e à honra sofrem mais violações na esfera privada, como pela imprensa e por banco de dados, do que por abusos oriundos do Poder do Estado. Em face disso, é necessário que o Estado não apenas se abstenha de atuar para que esses direitos sejam garantidos, no estágio atual os direitos de defesa exigem a atuação positiva do Estado para sua plena efetividade.¹⁰⁹

¹⁰⁹ AMARAL, G. *Direito, escassez & escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 71-72.

Nas palavras do Autor, “todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los”.¹¹⁰

Gustavo AMARAL destaca que “levar os direitos a sério significa também levar a escassez a sério”, pois “nada que custe dinheiro pode ser absoluto”. Esta análise sobre os custos dos direitos demonstra como a sua efetividade se dá através de escolhas disjuntivas* de natureza econômica. “A teoria legal seria mais realística se examinasse abertamente a competição por recursos escassos que passa necessariamente entre diversos direitos básicos e também entre direitos básicos e outros valores sociais”.¹¹¹

Por tudo o que foi exposto, o autor propõe uma classificação que na sua opinião seria mais adequada em vista da crítica à diferenciação tradicionalmente empregada pela doutrina. Assim, Gustavo AMARAL divide os direitos em: parcialmente independentes – que corresponde àqueles “cuja eficácia não depende necessariamente de uma ação estatal”¹¹²; e dependentes – “cuja eficácia depende intrinsecamente de uma conduta estatal positiva, como os direitos ligados à assistência social”.¹¹³

Ao comentar as críticas tecidas por Gustavo AMARAL, Ingo Wolfgang SARLET pondera que, apesar de inegável o fato de que todos os direitos fundamentais podem implicar em custos ao Estado, a dimensão economicamente relevante dos direitos de defesa nunca constituiu um óbice a sua efetividade jurídica. Daí falar-se na “neutralidade” econômico-financeira dos direitos de defesa que justificaria a utilidade da classificação tradicional.¹¹⁴

De qualquer forma, não cabe a nós tomarmos posição diante desta celeuma, pois se adotarmos a classificação que aqui denominamos como tradicional – como o faremos por uma questão de praticidade, visto que a grande maioria dos autores assim o faz – ou a classificação proposta por Gustavo AMARAL, o resultado que obteremos para o objeto específico de nosso estudo seria o mesmo: o direito à

¹¹⁰ AMARAL, op. cit., p. 73.

* O autor explica, em nota de rodapé, que essa expressão deriva da palavra inglesa trade-off. Esse é um termo de difícil tradução para nossa língua inclusive tendo abonação de uso em documento oficial de Portugal. (Ibid, p.79).

¹¹¹ Id.

¹¹² Ibid, p. 81.

¹¹³ Id.

¹¹⁴ SARLET, op. cit., p. 280-281.

saúde trata-se de um direito dependente de prestações estatais e, assim, sujeito à reserva do possível.

Entendida em sentido amplo a reserva do possível compreende a questão da limitação dos recursos e a probabilidade jurídica de disposição do Estado em relação aos mesmos. Nesse tocante, vale ressaltar as palavras de José Reinaldo de Lima LOPES para quem

a prestação do serviço depende da real existência dos meios: não existindo escolas, hospitais e servidores capazes e em número suficiente para prestar o serviço o que fazer? Prestá-lo a quem tiver tido a oportunidade e a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria a fila de espera? Seria viável de fato e de direito, se o serviço público deve se pautar pela sua universalidade, impessoalidade e pelo atendimento a quem dele mais precisar e cronologicamente atender os outros? Começam, pois, a surgir dificuldades enormes quando se trata de defender com instrumentos individuais um direito social.¹¹⁵

Ademais, além dos dois fatores acima apontados, Ingo Wolfgang SARLET destaca, à luz da jurisprudência germânica, que “a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.”¹¹⁶

Cabe ainda destacarmos que o problema da relevância econômica dos direitos sociais, como já vimos, implica na tomada de decisões alocativas disjuntivas, ou seja, a escassez conduz a necessidade de escolhas trágicas que favorecem uns em detrimento de outros.

Como observa Gustavo AMARAL “ante a escassez torna-se imperiosa a adoção de mecanismos alocativos. A alocação, notadamente no que tange à saúde, tem natureza ética dupla: é a escolha de quem salvar, mas também a escolha de quem danar.”¹¹⁷

Analisando um estudo da CEPAL sobre o gasto público em serviços sociais básicos na América Latina e Caribe, o autor demonstra que o Brasil gastava em 1995 o equivalente a 20,9% do seu PIB na área social, fato esse que o colocava no

¹¹⁵ LOPES, J. **Direitos subjetivos e direitos sociais**: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: José Eduardo Faria (Org.) *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 131.

¹¹⁶ SARLET, op. cit., p. 282-283.

¹¹⁷ AMARAL, op. cit., p. 180-181.

mesmo patamar das nações desenvolvidas. No entanto, apesar do Brasil apresentar níveis elevados de despesas com os direitos sociais, comparando-o com seus países vizinhos podemos perceber que alguns indicadores sociais brasileiros apresentam resultados muito inferiores.¹¹⁸

Isso se deve sobretudo a má alocação de recursos que priva milhões de pessoas de serviços básicos como a saúde e a alimentação, resultando num país marcado pelos contrastes. Nos dizeres de Cristovam BUARQUE, o Brasil é uma Europa para alguns – visto que nossos índices de vacinação encontram-se entre os melhores do mundo, o mesmo podendo se dizer do tratamento da AIDS – e uma África para outros – especialmente quando nos referimos as mazelas causadas pela desnutrição. Ou seja, avança-se no que diz respeito a doenças que atingem por igual os pobres e os ricos, mas mantêm-se entre os piores naquilo que se limita aos pobres.¹¹⁹

Para Gustavo AMARAL a alocação de recursos é necessariamente uma decisão política e qualquer tentativa de estabelecer o contrário poderia romper o equilíbrio do jogo da democracia. A falta de critério único para a tomada de tais decisões faz com que o controle judicial tenha um papel secundário em um plano em que o ator principal é o controle político, marcadamente através do voto popular e da atuação da sociedade civil organizada.¹²⁰

Semelhante posição é adotada por José Carlos Vieira de ANDRADE. Para o constitucionalista lusitano ao definir os direitos sociais “a Constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, então, o legislador determina, por delegação constitucional o próprio conteúdo do direito”.¹²¹

Em sua opinião admitir-se o contrário seria reduzir a função do legislador a mero executor da Constituição e, assim, esta deixaria de ser a norma fundamental e aberta resultante do consenso da comunidade política, para se transformar num instrumento ditatorial utilizado por aqueles que se dizem seus defensores.¹²²

¹¹⁸ AMARAL, op. cit., p. 181-185.

¹¹⁹ BUARQUE, C. A lógica da Vergonha. *Folha de São Paulo*, 22 dez. 1999.

¹²⁰ AMARAL, op. cit., p. 200 et seq.

¹²¹ ANDRADE, J. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 248-249.

¹²² Ibid, p. 249-250.

Para o autor somente em casos excepcionais nos quais se verificasse uma situação de necessidade ou injustiça extrema, caracterizando uma afronta clara ao conteúdo mínimo dos preceitos constitucionais, é que poderíamos admitir a retirada direta de um determinado direito (ou seja sem a mediação do legislador ordinário) da Constituição.¹²³

Em linha ideológica oposta encontra-se Clémerson Merlin CLÈVE. Para o autor os direitos fundamentais vinculam os órgãos estatais como um todo e, por isso, encontra-se fora da esfera da disputabilidade política já que a Constituição os consagrou como sendo elementos nucleares aos integrantes da sociedade brasileira.¹²⁴

O ilustre constitucionalista acrescenta ainda que o princípio da separação dos poderes não pode ser visto sem a devida contextualização histórica, pois ele depende da Constituição vigente. Nesse contexto, cabe observarmos que a maioria das críticas tecidas à interferência dos tribunais nas decisões do Executivo e do Legislativo ignoram o fato de que na Constituição de 1988 o Poder Judiciário foi bastante fortalecido, o que demonstra a confiança depositada pelo poder constituinte originário na sua figura. No que tange à discussão quanto a sua legitimidade democrática, o autor destaca que o Judiciário se apresenta como um poder contra-majoritário que atua na defesa das minorias¹²⁵.

No tocante a legitimidade para interferir nas decisões alocativas, Clémerson CLÈVE destaca que

Pode o Poder Judiciário, eventualmente, fulminar políticas públicas que estejam contrastando com as disposições constitucionais, como por exemplo, as políticas de financiamento desenvolvidas há algum tempo pelo BNDES, para modernizar as indústrias, políticas que implicavam um desemprego em massa, sem nenhuma preocupação com aqueles que ficariam à margem da sociedade por conta da modernização. Ninguém nega a utilidade de uma política de modernização (problema da produtividade) do parque industrial brasileiro. Neste caso, porém, se o aumento de produtividade implica demissão, por conta do princípio constitucional do pleno emprego, parece certo que o acesso aos recursos públicos deveria implicar a adoção de políticas amortecedoras do trauma do desemprego (capacitação profissional, por exemplo). Há aqui a possibilidade de atuar como legislador negativo. E como legislador positivo se não é possível atuar, é possível pelo menos, por meio de vários mecanismos, inclusive a imposição de multas, nos termos do que dispõe o art. 14 do CPC, para os agentes públicos e não para o Estado, para obrigar as autoridades

¹²³ ANDRADE, op. cit., p. 302.

¹²⁴ CLÈVE, C. **O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais**. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional (Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional), Curitiba, 2003. p. 292-293.

¹²⁵ Ibid, p. 296.

a encaminhar as propostas legislativas e administrativas (especialmente no campo orçamentário) necessárias para a satisfação desses direitos.¹²⁶

Robert ALEXY descreve este problema como um conflito entre a democracia e os direitos fundamentais. Na sua visão, a relação entre a democracia e os direitos fundamentais pode ser compreendida sob dois aspectos contraditórios entre si: os direitos fundamentais são democráticos na medida em que eles “asseguram o desenvolvimento e existência de pessoas que, em geral, são capazes de manter o processo democrático na vida e porque eles, com a garantia da liberdade de opinião, imprensa, radiodifusão, reunião e associação, assim como com o direito eleitoral e com as outras liberdades políticas asseguram as condições funcionais do processo democrático”; e são ademocráticos “porque eles desconfiam do processo democrático. Com a vinculação também do legislador eles subtraem da maioria parlamentarmente legitimada poderes de decisão”¹²⁷.

Parece-nos ser esse também o entendimento adotado pelo Ministro Celso de MELLO na decisão monocrática proferida na ADPF nº 45 que de forma irretocável assenta o seguinte:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado — e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico —, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.¹²⁸

¹²⁶ CLÈVE, op. cit., p. 299.

¹²⁷ ALEXY, R. **Direitos fundamentais no estado constitucional democrático**. In: Revista de Direito Administrativo, n. 217, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 65.

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática que extingue o processo sem julgamento de mérito por perda do objeto. ADPF nº 45. PSDB e Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 04 abr. 2004.

4.2 A estrutura jurídico-normativa dos direitos sociais

Após a análise da questão da relevância econômica dos direitos sociais, cabe ainda mencionarmos outro ponto de distinção apontado pela doutrina majoritária entre estes e os direitos de defesa, qual seja os aspectos relacionados a forma de sua positivação, isto é, à sua estrutura jurídico-normativa.

Enquanto os direitos de defesa costumam ter eficácia plena e aplicabilidade imediata, os direitos prestacionais necessitam, em geral, de concretização legislativa. Isso se deve ao fato de que esses direitos têm sua efetividade ligada a circunstâncias meta-jurídicas. CANOTILHO denomina essas circunstâncias de pressupostos de direitos fundamentais. Para o renomado autor considera-se tais pressupostos como “a multiplicidade de factores – capacidade económica do estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento económico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa – que condicionam, de forma positiva e negativa, a existência e protecção dos direitos económicos, sociais e culturais”.¹²⁹

Mencionadas circunstâncias devem ser positivadas de forma suficientemente elástica de modo a possibilitar ao legislador adaptá-las a dinâmica da realidade social. Como observa Ingo Wolfgang SARLET “formulações de carácter concreto correm o risco de ser rapidamente superadas pelas mudanças na conjuntura. A dinâmica na esfera socioeconômica (...) encontrar-se-ia em permanente conflito com a necessária estabilidade da Constituição, ainda que fosse possível uma definição do conteúdo ao nível constitucional”.¹³⁰

Para José Carlos Vieira de ANDRADE “as normas que prevêm os direitos, liberdades e garantias são normas preceptivas e conferem verdadeiros poderes de exigir de outrem (do Estado, pelo menos) um certo comportamento (geralmente abstenção), ao mesmo tempo que impõem o dever correspondente”.¹³¹ O autor afirma ainda que, em razão do conteúdo dessas normas ser constitucionalmente determinável, a falta de intervenção legislativa não obsta a aplicação desses direitos *que somente devem ser limitados pelas outras normas ou princípios constitucionais*.

¹²⁹ CANOTILHO, J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 469.

¹³⁰ SARLET, op. cit., p. 284.

¹³¹ ANDRADE, op. cit., p. 205.

Para concluir seu raciocínio o mestre português acentua que no caso dos direitos de defesa é possível falarmos em “direitos subjetivos, embora não tenham uma certeza de conteúdo semelhante à dos direitos civis, nem lhes corresponda um autónomo direito de acção constitucional contra as leis que os desrespeitem, só podendo o particular invoca-los perante os tribunais quando se verificarem violações concretas”.¹³²

Em contraposição, quanto aos direitos sociais prestacionais o autor salienta que “as coisas se passam de outro modo. As normas que prevêm contêm directivas ao legislador ou, talvez melhor, são normas impositivas de legislação, não conferindo aos seus titulares verdadeiros poderes de exigir, porque apenas indicam ou impõem ao legislador que tome medidas para uma maior satisfação ou realização concreta dos bens protegidos”.¹³³

Com isso o autor não pretende afirmar que os direitos sociais consistem em normas simplesmente declamatórias, pois ao legislador não é dada uma opção no sentido de decidir se atua ou não. Tanto isso é verdade que o legislador ao deixar de emitir as medidas necessárias a efetividade dessas normas estará sujeito a uma tripla censura:

“(1) a que deriva da eventual imposição legiferante concretamente existente na norma consagradora do direito social, económico ou cultural (inconstitucionalidade derivada de imposição não cumprida); (2) a que deriva de imposições gerais abstractas relacionadas com a realização dos direitos fundamentais (o silêncio reiterado do legislador pode tornar-se inconstitucional); (3) a que resulta da força determinante autónoma dos direitos fundamentais (o legislador viola, por omissão, os direitos fundamentais, ao não criar os meios necessários à fruição desses direitos)”.¹³⁴

No entanto, o autor acredita que esses direitos não conferem a seus titulares o poder de exigir um determinado comportamento dos poderes públicos. Em razão disso, enquadra os direitos a prestações numa categoria própria que denomina de “pretensões jurídicas”. Com isso, quer o autor demonstrar que tais direitos “são mais que interesses juridicamente protegidos, ainda que não verdadeiros direitos subjectivos”.¹³⁵

¹³² ANDRADE, op. cit., p. 206.

¹³³ Id.

¹³⁴ CANOTILHO, J. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 370.

¹³⁵ ANDRADE, op. cit., p. 209.

Sendo assim, “só uma vez emitida legislação destinada a executar os preceitos constitucionais em causa é que os direitos sociais se consolidarão como direitos subjectivos, mas, então, não valem como direitos fundamentais, mas enquanto direitos concedidos por lei”.¹³⁶

Ainda em tempo, é necessário observarmos que a diferença apontada pelo autor entre a eficácia dos direitos de defesa e a dos direitos a prestações baseia-se também no fato de que a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais na Constituição Portuguesa limita-se apenas aos direitos, liberdades e garantias. A par disso, acreditamos que mesmo em vista dessa particularidade de nossa Lei Maior – que estende o regime de aplicabilidade direta a todos os direitos fundamentais –, os argumentos trazidos pela doutrina lusitana quanto a estrutura normativa dos direitos sociais se enquadram perfeitamente a nossa realidade constitucional.

Para J. J. CANOTILHO a importância dos direitos econômicos, sociais e culturais inclusive em razão da sua força dirigente justifica a necessidade de uma teoria que supere a tese dos direitos sociais como “simples direitos legais”.

Para ele os direitos sociais são direitos originários a prestações e não direitos derivados da lei. Além disso, o autor acredita que independentemente de não se enquadrarem no modelo clássico de direitos subjetivos, visto que a seu ver sua proteção não pode ser judicialmente exigida sem que haja uma lei que o concretize, “os direitos à educação, saúde e assistência não deixam de ser direitos subjectivos pelo facto de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses direitos”.¹³⁷

Por essa razão, CANOTILHO salienta que ao se abordar o tema da dependência legal dos direitos fundamentais que pressupõem prestações do Estado, a questão da reserva da lei deve ser encarada como sendo apenas um ato concretizador necessário para o exercício de um direito que já se encontra consagrado pela Constituição.¹³⁸

Apesar das divergências entre os dois ilustres doutrinadores, é salutar destacarmos que ambos reconhecem a possibilidade de se exigir direitos à prestação do Estado. José Carlos Vieira de ANDRADE ao defender que a realização

¹³⁶ ANDRADE, op. cit., p. 209.

¹³⁷ CANOTILHO, Constituição Dirigente..., p. 368.

¹³⁸ Ibid, p. 378-379.

dos direitos a prestações implica em opções autônomas e específicas que devem ser tomadas por órgãos que disponham de capacidade técnica e legitimidade democrática para tanto, admite a possibilidade do intérprete imputar à Constituição uma intencionalidade que se restringe ao conteúdo mínimo da normativa.

Nesse tocante o autor levanta os seguintes questionamentos:

É precisamente este mínimo que levanta uma dúvida.

De facto, não deverá defender-se que é constitucionalmente insuportável a situação do cidadão cujas necessidades mínimas em matéria de habitação, de tratamento médico e sanitário, de alimentação, de educação, não são satisfeitas? Não deverá, pois, reconhecer-se a todas as pessoas o direito a esse mínimo, independentemente de quaisquer opções legislativas? Mas, então, isso não significará um direito à sobrevivência, enquanto direito de personalidade, entendido com um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias e gozando, portanto, do respectivo regime, designadamente da sua imediata aplicabilidade?¹³⁹

Da mesma forma, CANOTILHO reconhece a exigibilidade dos direitos económicos, sociais e culturais como uma “garantia do mínimo social”, contudo seu enfoque sobre a matéria baseia-se não no conteúdo mínimo da norma, como o faz José Carlos Vieira de ANDRADE. Para o autor esta garantia decorre

do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional de direitos sociais. Assim, por exemplo, o ‘rendimento mínimo garantido’ não será a concretização de qualquer direito social em concreto (direito ao trabalho, direito à saúde, direito à habitação) mas apenas o cumprimento do dever de socialidade imposto pelo respeito da dignidade da pessoa humana e pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade.¹⁴⁰

Assim, seja em função do conteúdo mínimo da norma ou como uma decorrência dos princípios constitucionais há um certo consenso na doutrina quanto ao reconhecimento de direitos subjetivos económicos, sociais e culturais no que tange a garantia de um mínimo existencial. No próximo tópico nos dedicaremos a identificar os critérios para se verificar qual seria esse mínimo existencial e suas implicações no direito à saúde.

¹³⁹ ANDRADE, op. cit., p. 218.

¹⁴⁰ CANOTILHO, Direito Constitucional..., p. 477.

4.3 O reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais no âmbito do direito à saúde

Como primeiro passo dessa análise cabe finalmente conceituarmos uma figura que foi mencionada em diversos pontos desse trabalho, mas que só aqui será estudada com maior profundidade: o direito subjetivo.

Segundo Regina Maria Macedo Nery FERRARI,

Quando os meios jurídicos postos à disposição do indivíduo para a realização de um interesse permitem uma exigência direta, plena e específica, surge a figura do direito subjetivo, que se acha diretamente relacionada com a intensidade do interesse protegido, pois que, a grosso modo, o direito subjetivo nada mais é do que 'o reflexo material do dever jurídico de outro'.¹⁴¹

A autora explica que várias são as formas de conceituar direito subjetivo, no entanto opta, como também o faremos, por entender direito subjetivo como “o poder de ação que, com base no direito objetivo, destina-se à satisfação de um interesse”.¹⁴²

Vale ainda destacar que a autora demonstra que o direito subjetivo pode apresentar-se sob a roupagem de três figuras típicas: I) “como reverso de um dever jurídico, imposto pela norma independente da vontade do titular do direito, como, por exemplo, o direito à vida, à liberdade”. Nestas situações, o titular do direito dispõe de uma margem de conduta livre e os terceiros se vêem no dever de se abster de comportamentos que obstaculizem seu exercício. II) “como pretensão a uma prestação”, nesse sentido o titular do direito poderá exigir de outrem o cumprimento de um dever jurídico. Essa é para nós a principal faceta do direito subjetivo a ser enfocada, pois como ressalta Regina Maria FERRARI “é neste ponto que se localiza o problema referente à efetividade das normas constitucionais programáticas, isto é, saber se os preceitos jurídicos que estabelecem para o Estado o dever de realizar certas atividades, configuram ou não um direito subjetivo.” III) por fim, o direito

¹⁴¹ FERRARI, R. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. Curitiba, 2001, Tese de Doutorado – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 228.

¹⁴² Ibid, p. 228.

subjetivo pode apresentar-se como “poder de formação jurídica”, ou seja, como a faculdade de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas.¹⁴³

José Reinaldo LOPES define direito subjetivo a partir do disposto no artigo 75 do antigo Código Civil que dispunha que a cada direito corresponde uma ação que o assegura. “Direito subjetivo é, pois, direito de ação. A falta de tutela, ou a falta de ação disponível, significa de fato a inexistência ou a inexigibilidade do direito subjetivo”.¹⁴⁴

Em seu célebre artigo *Direito Subjetivo e Direitos Sociais*, o autor se propõe a analisar os direitos sociais com o escopo de reconhecer neles a capacidade de gerar direito subjetivo público. Para tanto, acredita ser necessário discutir, em um primeiro momento, qual a natureza dos direitos sociais, qual o seu sentido analiticamente considerado.

Para o autor, os direitos fundamentais arrolados no rol do artigo 5º – que tratam de direitos de liberdade, limites ao poder do Estado, princípios gerais de relações privadas, enfim daquilo que denominamos no presente trabalho de direitos, liberdades e garantias ou simplesmente direitos de defesa – são redutíveis à fórmula clássica dos direitos subjetivos individuais pela qual aquele que tem interesse provoca, através do direito de ação, o órgão jurisdicional do Estado para obter uma decisão e, se necessário, sua execução forçada.¹⁴⁵

Por outro lado, LOPES afirma que os direitos sociais têm característica especial.

E esta consiste em que não são fruíveis, ou exeqüíveis individualmente. Não quer isto dizer que juridicamente não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos como se exigem judicialmente outros direitos subjetivos. Mas, de regra, dependem para sua eficácia, de atuação do Executivo e do Legislativo por terem o caráter de generalidade e publicidade. Assim é o caso da educação pública, da saúde pública, dos serviços de segurança e justiça, do direito a um meio ambiente sadio, o lazer, a assistência aos desamparados, a previdência social, e outros previstos no artigo 6º, no artigo 7º, sem contar as disposições dos incisos do artigo 170, do artigo 182, do artigo 193, do artigo 225, e muitas outras espalhadas ao longo do corpo de toda a Constituição de 1988.¹⁴⁶

A compreensão dos direitos sociais encontra-se ligada a compreensão dos regime de finanças públicas. Estas entendidas como o direito do Estado de planejar

¹⁴³ FERRARI, op. cit., p. 229.

¹⁴⁴ LOPES, op. cit., p. 113.

¹⁴⁵ Ibid, p. 126.

¹⁴⁶ Ibid, p. 129.

não apenas suas contas mas de planejar o desenvolvimento nacional, que importa no dever da efetivação de condições de exercício dos direitos sociais.¹⁴⁷

Em razão dos direitos sociais extrapolarem os mecanismos individuais de defesa, o autor propõe uma solução mista para o problema.

As garantias dos direitos sociais podem, por isso, ser efetivadas hoje por alguns caminhos que variam em natureza: quando se falar em direito público subjetivo o cidadão está habilitado, creio, a exigir do Estado seja a prestação direta, seja a indenização; quando se tratar de garantia geral os caminhos serão: por meio do Ministério Público (art. 129 da Constituição Federal), promover a responsabilidade de autoridades que não estejam dando andamento a políticas e ações já definidas em lei (orçamentárias e programas) e regulamentos ou atos administrativos; as leis orçamentárias, incluídos os orçamentos da previdência social, poderão ser impugnadas por ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, 1) toda vez que contrariarem dispositivos constitucionais, como o artigo 201, e seus parágrafos, ou o artigo 212, e sua respectiva hierarquia (lei complementar referida no art. 163 da Constituição Federal, plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias, orçamento anual); responsabilização do Presidente da República especialmente no caso do artigo 85, VI, e do artigo 167, § 1º.¹⁴⁸

Nesse tocante, vale ressaltarmos a posição do autor quanto ao direito à saúde: “nos artigos 196 a 200 não consta que o direito à saúde seja direito subjetivo público, nem que haja responsabilidade da autoridade quando da falta ou insuficiência do serviço”.¹⁴⁹

Em que pese o brilhantismo da obra de José LOPES suas afirmações não coadunam com o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Em primeiro lugar, o Supremo reconhece o direito à saúde como direito público subjetivo assegurado pela própria Constituição. Em consequência disso, o direito à saúde é acionável por meio de mecanismos individuais. Ademais, vale destacar o voto do Ministro Celso de MELLO que considera os interesses financeiros do Estado como questões secundárias que não podem obstaculizar o direito inviolável à vida e à saúde.¹⁵⁰

Vale aqui transcrever a ementa de acórdão que decidiu pela responsabilização solidária do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Porto Alegre pelo fornecimento de medicação para o tratamento de pessoa carente portadora do vírus HIV:

¹⁴⁷ LOPES, op. cit., p. 132-133.

¹⁴⁸ Ibid, p. 137-138.

¹⁴⁹ Ibid, p. 125.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática que indefere medida cautelar. PET 1246 - MC. Estado de Santa Catarina e João Batista Gonçalves Cordeiro. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 13 fev. 1997.

E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS — DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196) Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE

- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.

- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àqueles portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.¹⁵¹

Além dos pontos já destacados, é necessário frisarmos o entendimento de que mesmo que o artigo 196 da CR seja uma norma de caráter programático, há o dever do Estado de garantir aos cidadãos “o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar”.

Em outros julgados, a Corte Suprema apresentou posição diversa quanto a eficácia do artigo 196. Em decisão monocrática proferida pelo Ministro Nelson

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão que indefere recurso extraordinário. RE 271286. Estado do Rio Grande do Sul, Município de Porto Alegre e Diva Rosa Vieira. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 23 ago. 2000.

JOBIM o artigo 196 é considerado uma norma auto-aplicável¹⁵². Da mesma forma, o Ministro Marco AURÉLIO, em voto proferido em recurso extraordinário, entende o mesmo dispositivo como sendo uma norma de eficácia imediata¹⁵³.

Esta divergência demonstra aquilo que ficou consignado no capítulo anterior: a ambigüidade do artigo 196 da CR não permite que determinemos com precisão se este consiste numa norma de eficácia plena ou numa norma programática. À primeira vista, pode parecer que a presente discussão se apresenta como sendo de mero interesse acadêmico, visto que a implicação prática de tais decisões foi a mesma, isto é, as três reconheceram o direito à saúde como direito subjetivo. Ocorre que, como tivemos oportunidade de observar anteriormente, a eficácia das normas programáticas é bem mais restrita que a das normas de eficácia plena. Essa característica reflete no reconhecimento dos direitos subjetivos.

Segundo José Afonso da SILVA as normas de aplicabilidade imediata “oferecem todos os elementos necessários à realização ou vedação dos interesses e situações nelas previstos. Geram, quase sempre, direitos subjetivos para os indivíduos ou entidades a que conferem uma situação subjetiva de vantagem”.¹⁵⁴

Por outro lado, explica que as normas programáticas protegem interesses juridicamente relevantes, porém nem sempre têm capacidade para tutelar direitos desde logo exigíveis. “Mas certamente produzem situações subjetivas de vantagem que podem caracterizar simples interesse, simples expectativa, interesse legítimo e até interesse subjetivo”.¹⁵⁵

Nesse tocante, cabe destacarmos o entendimento do autor no sentido de que

normas programáticas como as do art. 170, III (“função social da propriedade”); do art. 226 (“A família tem especial proteção do Estado”); do art. 205 (“A educação, direito de todos e dever do Estado ...”); do art. 215 (“O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional .”), entre outras semelhantes, já tutelam mais intensamente os interesses referidos. Delas surge interesse legítimo que fundamenta sua invocação para embasar solução de dissídios em favor de seus beneficiários. O

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão que indefere agravo regimental em recurso extraordinário. AGRG 255.627-1. Município de Porto Alegre e Carlos Alberto Ebeling Duarte. Relator: Ministro Nelson Jobim. DJ 23 fev. 2001.

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão que indefere recurso extraordinário. RE 280.642. Estado do Rio Grande do Sul, Município de Porto Alegre e José Carlos Silva de Oliveira. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ 17 nov. 2000.

¹⁵⁴ SILVA, op. cit., p. 171.

¹⁵⁵ Ibid, p. 176.

princípio da função social da propriedade, por exemplo, pode ser invocado contra o abuso desse direito, em certas circunstâncias, em prol de inquilinos contra o senhorio, e especialmente impor atuações positivas ou abstenções ao proprietário, no interesse da coletividade. Por outro lado, se a educação é direito de todos, embora ainda programaticamente, a regra pode servir de base para sustentar certas situações subjetivas do educando. Aliás, a Constituição até já reconhece como direito público subjetivo o acesso ao ensino obrigatório (art. 208, § 1º), norma que tem como contrapartida a responsabilidade da autoridade competente pelo não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público (art. 208, § 2º).¹⁵⁶

José Afonso da SILVA destaca ainda que “tais normas programáticas encontram-se no limiar da plena eficácia. Tutelam interesses legítimos que são, como alguém já disse, direito subjetivo *in fieri*”.¹⁵⁷

Dessa forma, acreditamos que o direito à saúde encontra-se entre essas normas programáticas no limiar da eficácia plena. Essa noção permite que o enquadremos dentro das normas programáticas – posto ser inegável a necessidade de interposição legislativa, porquanto a realização deste direito depende da disponibilidade dos meios – mas que ao mesmo tempo não neguemos sua capacidade de criar direitos subjetivos.

Semelhante posição é adotada por Regina Maria FERRARI em sua tese de doutorado intitulada *Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. Para a autora o dispositivo contido no artigo 196 tem a capacidade de gerar um direito subjetivo público, não podendo o Judiciário eximir-se de aplicá-lo alegando a falta de legislação¹⁵⁸.

Observa ainda que

Tal entendimento não foge à reserva do possível, da efetiva disponibilidade de recursos na hora da prestação, entretanto mesmo dentro dela, é necessário evitar que a autoridade se furte ao dever que lhe é imposto pelo comando constitucional. O que não é aceitável é que em nome da reserva do possível, isto é, sob o argumento da impossibilidade de realizá-lo por questões financeiras, materiais ou políticas, o comando constitucional acabe destituído, completamente, de eficácia. É o princípio do razoável, da proporcionalidade que deve reger a sua observância e efetividade.¹⁵⁹

No tocante à reserva do possível a autora saliente ainda que

¹⁵⁶ SILVA, op. cit., p. 176-177.

¹⁵⁷ Ibid, p. 177.

¹⁵⁸ FERRARI, op.cit., p. 236.

¹⁵⁹ Ibid, p. 237.

o direito à saúde como corolário do direito à vida, ao direito a uma vida digna, não pode padecer, sob o argumento da falta de recursos, denegando os serviços essenciais de saúde, pois, neste caso, haveria a caracterização da aplicação da uma pena de morte, sem processo e sem possibilidade de defesa. Portanto, no que tange ao direito à saúde, cabe reconhecer um verdadeiro direito subjetivo público positivo e individual a prestações materiais, deduzidos diretamente da Constituição, ainda que limitado ao mínimo necessário para a proteção da vida humana.¹⁶⁰

Das afirmações da autora podemos destacar três pontos centrais a nossa análise: a reserva do possível como limite a aplicação dos direitos sociais prestacionais – tema abordado no tópico relativo a relevância econômica dos direitos fundamentais; o princípio do razoável, da proporcionalidade como método de aplicação dos direitos fundamentais; e, como resultado da superação dialética dos dois fatores precedentes, o reconhecimento de um mínimo necessário para a proteção da vida humana.

Robert ALEXY entende o princípio da proporcionalidade como uma lei de ponderação a qual relacionada com os direitos fundamentais poderia ser formulada nos seguintes termos: “quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam”.¹⁶¹

Segundo o autor os direitos fundamentais devem ser vistos como princípios no sentido de que, ao contrário das regras cuja observância se dá através de mandamentos definitivos, estes pode ser preenchidos em graus distintos na medida em que comportam uma ponderação de valores. Dessa forma, é possível encontrarmos um meio termo entre a vinculação e a flexibilidade, o que nos permite levar a Constituição a sério sem exigirmos dela o impossível.¹⁶²

Ingo W. SARLET acredita que o modelo ponderativo de ALEXY seja talvez a melhor solução para se determinar em que condições podemos reconhecer direitos subjetivos a prestações independentemente ou para além da concretização pelo legislador. O autor destaca a importância do referido modelo sobretudo no que diz respeito a dois aspectos: a indispensável remissão a contraposição de valores e ao fato da solução estar calcada nas circunstâncias do caso concreto. Assim, em todas as situações em que a reserva de competência do legislador (bem como os demais

¹⁶⁰ FERRARI, op.cit., p. 238.

¹⁶¹ ALEXY, R. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. In: Revista de Direito Administrativo, n. 217, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 78.

¹⁶² Ibid, p. 78-79.

obstáculos à efetividade dos direitos sociais apresentados ao longo desse trabalho) frustrar valores maiores como a vida e a dignidade da pessoa humana, ou quando a análise de bens constitucionais colidentes resultar na prevalência dos direitos sociais prestacionais, impõe-se, dentro de um padrão mínimo existencial, o reconhecimento de um direito subjetivo a prestação decorrente do próprio texto da Constituição.¹⁶³

Em vista disso, Ingo W. SARLET percebe a necessidade de uma relativização da noção de direito subjetivo. Pois,

Mesmo em se mantendo a estrutura de uma relação trilateral estabelecida entre o titular, o objeto e o destinatário, constata-se – em virtude das peculiaridades dos direitos a prestações – uma inevitável diferenciação no que tange à força jurídica das diversas posições jurídico-prestacionais fundamentais em sua dimensão subjetiva, a exemplo, aliás, do que ocorre na esfera jurídico-objetiva. Por outro lado, não há como desconsiderar a natureza excepcional dos direitos fundamentais originários a prestações sob o aspecto de direitos subjetivos definitivos, isto é, dotados de plena vinculatividade e que implicam a possibilidade de impor ao Estado, inclusive mediante o recurso à via judicial, a realização de determinada prestação assegurada por norma de direito fundamental, sem que com isto se esteja colocando em dúvida a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais de cunho prestacional.¹⁶⁴

Por fim, cabe mencionarmos a opinião de Gustavo AMARAL acerca do tema. O autor reconhece a importância do modelo construído por Robert ALEXY, mas acredita que o mesmo é incapaz de solucionar um dos principais problemas quanto a aplicação dos direitos sociais prestacionais: a colisão de direitos que concorrem ao emprego de recursos escassos.

A questão da escassez atinge os direitos sociais prestacionais como um todo, porém no campo do direito a saúde ela ganha contornos ainda mais dramáticos. Em um primeiro momento, pode parecer desumano mencionar custos quando se trata da saúde e da vida dos cidadãos, contudo não abordar tal questão é ignorar a realidade.

O problema da escassez no direito à saúde não se limita a questão financeira, como explica Gustavo AMARAL, “há recursos não financeiros, como órgãos, pessoal especializado e equipamentos, que são escassos em comparação com as necessidades”.¹⁶⁵ Nesse tocante é salutar destacar a análise de John F.

¹⁶³ SARLET, op. cit., p. 346-347.

¹⁶⁴ Ibid, p. 347.

¹⁶⁵ AMARAL, op. cit., p. 136.

KILNER¹⁶⁶, citado por Gustavo AMARAL, quanto ao acesso à saúde em países desenvolvidos:

Há hoje um mito, que países prósperos como os Estados Unidos não precisam se preocupar com o problema da seleção de pacientes, já que há recursos suficientes para todos. Há até quem acredite que essa suficiência se estende mundo afora. Esse mito é menos que meia verdade. A verdade nele contida é que há recursos financeiros para eliminar muitas das escassezes de hoje. Serão esses recursos tomados disponíveis para satisfazer as necessidades médicas de todos? Infelizmente, isto não é provável, mesmo nos Estados Unidos. Outros recursos não financeiros, como órgãos para transplante, são escassos em relação às necessidades. Novas escassezes, ademais, são inerentes ao progresso da tecnologia. Em outras palavras, critérios de seleção de pacientes são desesperadamente necessários hoje em todos os lugares e continuarão a sê-lo no futuro.

Daí podermos comparar a busca pelo direito absoluto a um tratamento médico adequado à batalha mitológica entre Hércules e a Hidra. Da mesma forma que ao decepar uma das cabeças do monstro, Hércules via nascer mais duas, cada vez que se obtém sucesso em um tratamento médico surgem novos problemas ainda mais complexos.

Firmado o entendimento de que a escassez de recursos é um fator inerente a efetividade do direito à saúde, torna-se necessário analisarmos a quem cabe tomar as decisões de quanto disponibilizar e a quem atender.

Para o autor estas são questões políticas que fogem do âmbito das decisões judiciais. Isso porque o Judiciário está aparelhado para decidir casos concretos que se restringem as lides que lhe são postas. Limita-se assim à microjustiça, a justiça do caso concreto. Observa Gustavo AMARAL que

Tomada individualmente, não há situação para a qual não haja recursos. Não há tratamento que suplante o orçamento da saúde ou, mais ainda, aos orçamentos da União, de cada um dos Estados, do Distrito Federal ou da grande maioria dos municípios. Assim, enfocando apenas o caso individual, vislumbrando apenas o custo de cinco mil reais por mês para um coquetel de remédios, ou de cento e setenta mil reais para um tratamento no exterior, não se vê a escassez de recurso¹⁶⁷

A fim de vislumbrarmos a dimensão do problema causado por tais decisões, vale a pena citar uma notícia recentemente publicada no jornal Valor Econômico sobre o impacto destas no orçamento do SUS. Segundo o artigo:

Não há dados consolidados sobre o número de liminares ou os gastos de cada esfera da administração com as decisões judiciais. Mas alguns números indicam o tamanho do

¹⁶⁶ KILNER, J. F. **Who lives? Who dies?: Ethical Criteria in Patient Selection**. New Haven: University Press, 1990, p. 3. *Apud* AMARAL, op.cit., p. 137

¹⁶⁷ AMARAL, op. cit., p. 147.

problema. Em 2004, o Ministério da Saúde gastou um total de R\$ 273 mil com medicamentos excepcionais até setembro, diante de um orçamento de R\$ 3,5 bilhões para os remédios. O percentual parece pequeno, mas é apenas a parte que cabe à União nas liminares, mais comuns contra Estados e municípios. Somente o Rio Grande do Sul gastou R\$ 120 milhões com medicamentos excepcionais no ano passado. Em 1992, os usuários dessas drogas somavam cerca de 15 mil pessoas. Hoje são 150.000. No Estado de São Paulo foram gastos R\$ 11 milhões nesses remédios, contra um orçamento de R\$ 92 milhões.¹⁶⁸

Ao afirmar que os atores principais das decisões alocativas são o Executivo e o Legislativo, não se pretende excluir o papel do Judiciário nessas decisões, mas sim delimitá-lo com clareza. Assim, o autor explica que cabe ao Judiciário o controle das condutas adotadas por aqueles que ocupam função executiva ou legislativa. A este Poder não incumbe realizar a mediação fato-norma, seja pela subsunção ou pela concreção. Seu papel consiste em contrastar o direito do particular com a realidade fática, verificando se há violação potencial. Caso essa violação seja positiva, as escolhas adotadas serão questionadas por meio da ponderação.¹⁶⁹

Até então Gustavo AMARAL não apresenta nenhuma inovação teórica em relação ao modelo proposto por ALEXY. O grande diferencial teórico no modelo proposto pelo autor está na bidimensionalidade do seu enfoque. Enquanto o jus-filósofo germânico utiliza-se apenas do critério do mínimo existencial, Gustavo Amaral emprega duas variáveis: o grau de essencialidade e o grau de excepcionalidade.

Gustavo AMARAL, explica que, sob o enfoque de Robert ALEXY, “haveria o mínimo existencial, exigível, e o que não está contido no mínimo existencial, que não seria diretamente exigível. Todavia, a determinação concreta do mínimo existencial seria fugidia e variável histórica e geograficamente. Haveria, portanto, ampla Zona de transição entre o mínimo existencial e o ‘não-mínimo’”.¹⁷⁰

Em vista disso, o autor apresenta outra formulação para o problema. Para ele as prestações serão exigíveis pelo cidadão e o Estado deverá entregá-las ou justificar porque não o faz. Esta justificativa se baseará única e exclusivamente na existência de circunstâncias concretas que impeçam o atendimento de todos os interessados em tais prestações.¹⁷¹

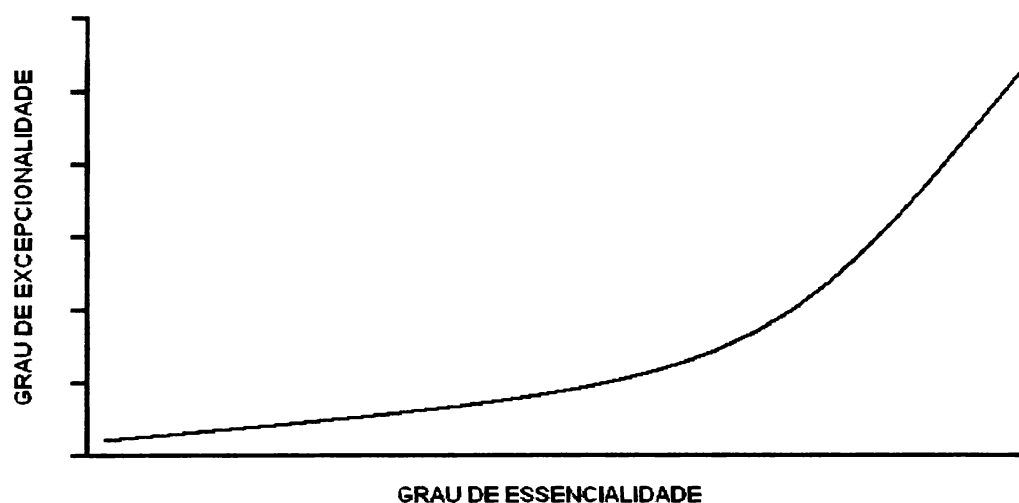
¹⁶⁸ PRESTES, C.; TEIXEIRA, F. Proliferam decisões que obrigam SUS a pagar drogas caras. **Valor Econômico**, 01 jun. 2005.

¹⁶⁹ AMARAL, op. cit., p. 208.

¹⁷⁰ Ibid, p. 213.

¹⁷¹ Ibid, p. 214.

O autor representa seu modelo através de um gráfico com duas variáveis:¹⁷²



A reta horizontal representa o grau de essencialidade. Esta variável trata do mínimo existencial, da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, quanto maior a necessidade do bem para a manutenção de uma existência digna, maior o grau de essencialidade e mais excepcional deverá ser a razão para que esta necessidade não seja atendida. Como explica o autor, “a curva à direita do gráfico tende ao infinito numa exponencial que tenderá a atingir uma exigibilidade total, salvo a ocorrência de uma excepcionalidade absoluta”.¹⁷³

Através do emprego dessas duas variáveis, o magistrado poderá averiguar a legitimidade da escolha estatal: se a essencialidade for maior que a excepcionalidade, justifica-se a intervenção judicial; do contrário esta não deverá ocorrer.

¹⁷² AMARAL, op. cit., p. 215.

¹⁷³ Ibid, p. 216.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parafraseando o poeta Paulo Leminski, no fundo, no fundo, bem lá no fundo, gostaríamos de ver o problema da efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais resolvido por decreto!

A partir de cinco de outubro de 1988, todo cidadão brasileiro, pelo simples motivo de ter nascido nessa terra abençoada, assim como o estrangeiro que os ventos do destino soprarem para este país tão afortunado, terá o direito a três refeições diárias, a uma moradia digna, a um salário justo que o recompense pelo suor de seu trabalho, a ver seus filhos educados por um sistema de educação público de qualidade, à segurança policial, à proteção da mãe e da criança, à assistência aos desamparados e ao mais elementar dos direitos: a saúde como reflexo do direito à vida, a permanecer vivo. E que maldito seja aquele que por qualquer motivo divergir dessa premissa.

Ocorre que problemas não se resolvem, problemas têm família grande... A escassez de recursos é um fator indissociável da aplicação dos direitos fundamentais. Por essa razão, acreditamos que a tese de Gustavo AMARAL significa um passo a frente em relação ao modelo proposto por ALEXY. Isso porque apesar dos dois modelos possibilitarem a ponderação dos direitos frente a falta de recursos econômicos, a tese de Gustavo AMARAL nos parece ser mais contundente nesse aspecto.

Em razão de sua construção teórica, podemos afirmar com segurança que conclusões judiciais, como a contida na decisão do STF¹⁷⁴ prevendo a responsabilidade do Estado pela implementação de políticas que visem a garantir o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar, devem ser vistas com certa cautela, pois, como já ressaltamos, o direito pleno à saúde é inatingível até mesmo para países com melhores condições financeiras que o nosso.

Saliente-se, porém, que com isso não queremos diminuir a importância do posicionamento adotado pelo STF. Pelo contrário, acreditamos que o Judiciário deve interferir sempre que necessário para buscar a efetivação dos direitos sociais a

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão que indefere recurso extraordinário. RE 271286. Estado do Rio Grande do Sul, Município de Porto Alegre e Diva Rosa Vieira. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 23 ago. 2000.

prestação. Todavia, acreditamos que o ativismo judicial deve ser limitado aos casos em que houver abuso do Legislador e do Executivo no desempenho de suas atribuições constitucionais. Do contrário, estaríamos negando ao Estado a capacidade de se organizar financeiramente a longo prazo, além de privilegiar aqueles que possuem acesso à justiça em detrimento daqueles que não têm condições de arcar com os custos desta.

Nesse tocante, a solução apresentada por Gustavo AMARAL nos parece bastante razoável ao possibilitar que o Executivo e o Legislativo justifiquem sua omissão provando a falta de recursos. Talvez uma crítica que se possa ser levantada contra essa tese é o fato de que, no afã de estabelecer critérios para as decisões trágicas, ela acabe por buscar uma exatidão exagerada chegando a tolher aquilo que a ponderação mais valoriza: o bom senso do julgador ao lidar com valores abertos.

Finalmente, cabe destacar que aqueles que procuram a efetividade dos direitos sociais devem ter em mente que o Judiciário é apenas uma das frentes dessa árdua batalha. Acreditar que a busca pela máxima efetividade dos direitos sociais prestacionais pode ser alcançada no âmbito do Judiciário é no mínimo ingênuo, pois a luta central para a efetivação desses direitos ocorre no terreno do processo democrático através do exercício da democracia representativa, bem como pelo desenvolvimento de mecanismos de democracia participativa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. In: Revista de Direito Administrativo, n. 217, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Direitos fundamentais no estado constitucional democrático**. In: Revista de Direito Administrativo, n. 217, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de: Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, G. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

BARROS, Suzana de Toledo . **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 6.ed.Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 75.

BASTOS, Celso;BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constituições**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BUARQUE, Cristovam. A lógica da Vergonha. **Folha de São Paulo**, 22 dez. 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais**. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional (Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional), Curitiba, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. Curitiba, 2001, Tese de Doutorado – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: Interpretação e Crítica. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos subjetivos e direitos sociais**: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: José Eduardo Faria (Org.) Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, C. **Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social.** In: IX CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 1982, Florianópolis-SC.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1998

MORAES, Guilherme Braga Penã de. **Dos direitos fundamentais:** contribuição para uma teoria: parte geral. São Paulo: LTr, 1997.

PRESTES, Cristine; TEIXEIRA, Fernando. Proliferam decisões que obrigam SUS a pagar drogas caras. **Valor Econômico**, 01 jun. 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constituições.** 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.